

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La réforme de la faillite

George, Florence

Published in:

Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2017, La réforme de la faillite. Dans *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*. UB3, Numéro 68, Larcier , Bruxelles, p. 153-240.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La réforme de la faillite

PAR

FLORENCE GEORGE*

Chargée d'enseignement à l'Université de Namur
Avocate

Introduction	154
Section 1. Les modifications substantielles de la loi sur les faillites	155
Section 2. Les modifications éparses opérées par le législateur	205
Section 3. Les oubliés et les disparus	232
Conclusions	240

* L'auteur remercie vivement Monsieur Étienne Hody (Président des divisions Namur et Dinant du tribunal de commerce de Liège) pour ses précieuses remarques et observations.

INTRODUCTION

1. Un projet de réforme ambitieux. La réforme du droit de l'insolvabilité est, dès le départ, fort ambitieuse. Le projet de loi déposé à la Chambre des représentants le 20 avril 2017(1) – qui atteint pratiquement 900 pages – constitue une véritable codification du droit de l'insolvabilité. L'objectif est de rendre les procédures de réorganisation judiciaire et de faillite plus efficaces et plus performantes(2). En plus de rationaliser la matière, le législateur pallie les faiblesses des lois actuellement en vigueur et innove(3). S'il est ambitieux, le projet est également solide. Il peut se targuer de compter parmi ses auteurs un président honoraire de la Cour de cassation(4). L'influence de la jurisprudence de la Cour sur ledit projet est, dès lors, prégnante. La loi reste toutefois perfectible sous certains aspects.

2. Une adoption au pas de charge. Il n'aura finalement fallu que quelques mois pour que ce projet soit adopté en séance plénière. La vitesse à laquelle le projet de loi fut discuté en commission et adopté en séance plénière a déjoué toutes les prévisions. Les dernières péripéties qui ont donné lieu à l'adoption de la loi l'illustrent parfaitement. Ainsi, en date du 13 juillet, le texte discuté lors de la séance plénière est renvoyé en commission parlementaire et traité immédiatement. Il revient en séance plénière le soir même pour être adopté. La loi est ensuite promulguée le 11 août 2017 et publiée au *Moniteur* le 11 septembre 2017.

3. Une entrée en vigueur assez éloignée. On aurait pu penser que le législateur allait aligner la date d'entrée en vigueur de la loi(5) sur celle de la réforme des sûretés réelles mobilières, qui a été postposée à plusieurs reprises(6). Il n'en fut toutefois rien. La réforme du droit de l'insolvabilité

(1) La réforme de l'insolvabilité est toutefois annoncée depuis plus longtemps. Voy. sur les premières réactions des présidents des tribunaux, J.-P. LEBEAU, « La réforme de l'insolvabilité : les tribunaux de commerce positifs mais en éveil », *R.D.C.*, 2016, pp. 327-328.

(2) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

(3) Le caractère innovant de la réforme est contesté par W. DERIJCKE (voy. W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9 à 30).

(4) Certains pointent tout de même du doigt le caractère fermé du groupe de travail chargé de la réforme et l'absence de consultation des praticiens.

(5) Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

(6) Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Conformément à son article 109, la loi

n'entrera en vigueur que le 1^{er} mai 2018, sous réserve de certaines exceptions(7).

4. Plan de la présente étude. Seul l'impact de la réforme sur le droit de la faillite est abordé dans la présente contribution. Dans un premier temps, nous examinons les modifications substantielles apportées par la réforme (Section 1). Les interventions plus ciblées du législateur seront ensuite épinglées (Section 2). Enfin, un regard critique sera porté sur la réforme (Section 3).

SECTION 1.

LES MODIFICATIONS SUBSTANTIELLES DE LA LOI SUR LES FAILLITES

5. Plan. Outre l'insertion des législations relatives à l'insolvabilité dans un seul et même Code (§ 1), le législateur étend le champ d'application de la loi (§ 2) et met en place une procédure électronique intégrale (§ 3). Les rédacteurs du projet entendent également promouvoir la seconde chance du failli tout en limitant les effets du régime actuel de l'excusabilité (§ 4). Le système de la décharge des sûretés personnelles à titre gratuit est, en outre, entièrement revu (§ 5). Par ailleurs, le régime de la responsabilité des administrateurs migre partiellement dans le Code de droit économique (Section 6). Enfin, la dimension internationale de l'insolvabilité est prise en considération (§ 7).

devait entrer « en vigueur à une date à fixer par le Roi, mais au plus tard le 1^{er} décembre 2014 ». L'entrée en vigueur de la loi a finalement été reportée au 1^{er} janvier 2017 (loi du 26 novembre 2014 modifiant la date d'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 1^{er} décembre 2014) et, ensuite, au 1^{er} janvier 2018 (art. 36 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016). L'article 319 de la loi 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (*M.B.*, 24 juillet 2017) tente de remettre un peu d'ordre dans les dispositions transitoires des différentes lois. Il précise que l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 produit ses effets le 31 décembre 2016. Voy. sur l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés réelles mobilières et le droit transitoire, V. NICAISE, « Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Limal, Anthemis, 2017, pp. 77 et s.

(7) Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

§ 1. Migration de la loi sur les faillites dans le Code de droit économique

6. Insertion de la loi dans le livre XX du Code de droit économique (CDE). Le texte adopté en séance plénière le 13 juillet 2017 ayant donné lieu à la loi du 11 août 2017 prévoit l'abrogation de la loi sur les faillites du 8 août 1997⁽⁸⁾. Le droit de la faillite migre dans le nouveau livre XX du Code de droit économique. Ce dernier a désormais vocation à accueillir l'ensemble des législations ayant trait à l'insolvabilité. Le titre premier du livre XX du Code de droit économique instaure un véritable droit commun des procédures d'insolvabilité. Les titres subséquents sont consacrés à la détection des entreprises en difficulté (Titre II), aux mesures provisoires en cas d'insolvabilité (Titre III), au médiateur d'entreprise et à la conclusion d'accords amiables (Titre IV), à la procédure de réorganisation judiciaire (Titre V), à la faillite (Titre VI) et aux insolvabilités transfrontalières (Titre VII). Les titres VIII (9), IX et X sont consacrés respectivement aux actions en responsabilité, aux interdictions et réhabilitations ainsi qu'à la faillite rapportée. À notre estime, ils auraient pu être intégrés dans le Titre VI, d'autant plus que certaines de ces dispositions figurent déjà dans la loi sur les faillites du 8 août 1997.

7. Maintien de la structure de la loi sur les faillites dans le titre VI. Le squelette de la loi sur les faillites est conservé au sein du titre VI du Code de droit économique. La structure adoptée est sensiblement la même⁽¹⁰⁾. La procédure de faillite est régie par les articles XX.98 à XX.201 (voire XX.242⁽¹¹⁾) du CDE⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

⁽⁹⁾ La loi comporte à cet égard une légère coquille dès lors qu'elle comporte deux titres VII et aucun titre VIII.

⁽¹⁰⁾ À titre d'exceptions, on notera, par exemple, le déplacement des dispositions relatives à la clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs (art. 73 et 74 de la loi de 1997 devenus art. XX.137 et XX.138), de celles relatives aux reprises d'instance par le curateur (art. 63bis de la loi de 1997 devenu article XX.120 CDE), de celles relatives à la prescription de l'action en admission de créances (art. 72, al. 3 et 4, de la loi du 8 août 1997 devenu art. XX.165, al. 3 et 4...).

⁽¹¹⁾ Les titres VII, VIII et IX de la loi sur les faillites concernent également la faillite (voy. *supra*, n° 6 in fine).

⁽¹²⁾ Une table de concordance en français figure dans les travaux préparatoires (voy. Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 692 et s. (et spéc. sur la faillite, pp. 770 et s.). La numérotation a toutefois évolué lors du processus d'adoption de la loi de sorte que celle de la table n'est plus rigoureusement exacte.

8. La faillite rapportée : un électron libre au sein du livre XX. Assez curieusement, un titre X, distinct du titre VI consacré à la faillite, a trait aux faillites rapportées. Il ne comporte qu'un seul article⁽¹³⁾.

Cette insertion est le fruit de l'amendement n° 38 de M. Terwingen⁽¹⁴⁾/⁽¹⁵⁾. L'objectif recherché est de « formaliser une pratique existante »⁽¹⁶⁾, de « donner une base légale à cette faculté qu'a le tribunal de rapporter la faillite si les conditions de la faillite ne sont pas remplies ». Même si l'objectif est louable, la place de cette disposition dans un titre distinct du livre XX n'est pas véritablement justifiée.

§ 2. Extension du champ d'application de la loi sur les faillites

9. Elargissement du champ d'application *ratione materiae*⁽¹⁷⁾. L'élargissement du champ d'application *ratione materiae* instauré par la réforme n'est pas spécifique à la procédure de faillite. Il vise l'ensemble des procédures d'insolvabilité du nouveau livre XX du CDE.

⁽¹³⁾ L'article XX.242 dispose : « Le jugement qui rapporte la faillite est publié par extrait, par les soins du curateur et dans les cinq jours de sa date.

L'extrait mentionne :

1° s'il s'agit d'une personne physique, le nom, prénoms, lieu et date de naissance, l'adresse ainsi que le lieu de l'établissement principal et le numéro d'entreprise ; s'il s'agit d'une personne morale, la dénomination sociale, la forme juridique, le siège social et le numéro d'entreprise ; s'il s'agit d'une entreprise visée à l'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), le nom commercial sous lequel l'activité est exercée, le cas échéant le numéro d'entreprise, le siège de l'activité et les données d'identification du fondé de pouvoir, le cas échéant ;

2° la date du jugement déclaratif de faillite et le tribunal qui l'a prononcé ».

⁽¹⁴⁾ Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 40.

⁽¹⁵⁾ Voy. également l'amendement n° 72 abrogé par l'amendement n° 119 (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 50).

⁽¹⁶⁾ Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanheste, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 64.

⁽¹⁷⁾ Voy. sur cette question, W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9 à 30.

Ce livre XX s'applique à toutes les entreprises visées par l'article XX.1 du CDE et ne se limite plus aux commerçants et sociétés commerciales⁽¹⁸⁾. Toutes les formes d'organisation sont désormais visées⁽¹⁹⁾.

« Art. XX.1, § 1^{er}. Pour l'application du présent livre **sont entreprises** :

- (a) toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle⁽²⁰⁾ ;
- (b) toute personne morale⁽²¹⁾ ;
- (c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

Pour l'application du présent livre, nonobstant ce qui est prévu à l'alinéa premier, **ne sont pas des entreprises** :

- (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui en fait ne distribue pas d'avantages à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation ;
- (b) toute personne morale de droit public ;
- (c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones d'aide, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ».

Le paragraphe 3 de l'article XX.1 du CDE ajoute :

« Les dispositions des titres II, III, IV et V du présent livre ne s'appliquent pas aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurances, aux entreprises d'investissement, aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, aux organismes de compensation et de liquidation et assimilés, aux entreprises de réassurance, aux compagnies financières holding et aux compagnies financières holding mixtes ».

(18) Voy. sur les raisons qui justifient le remplacement de la notion de commerçant par celle plus moderne et plus large d'entreprise, projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 26 et s.

(19) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 24.

(20) Le critère matériel de « poursuite d'un but économique » cède la place à un critère plus formel. Le choix des concepts d'« indépendant » et d'« activité professionnelle » vise à renforcer la sécurité juridique (voy. projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 27 et s.).

(21) Toutes les personnes morales sont visées à l'exception des personnes morales de droit public (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 27).

Ces derniers sont, *a contrario*, susceptibles de tomber sous le coup d'une procédure de faillite, laquelle est régie par le titre VI du livre XX.

L'extension du champ d'application des procédures d'insolvabilité n'étant pas propre à la faillite, nous n'y consacrerons que quelques développements. Nous renvoyons le lecteur pour le surplus aux autres contributions du présent ouvrage⁽²²⁾.

10. Les dispositions protectrices des titulaires de professions libérales. Les travaux préparatoires précisent que les professions libérales⁽²³⁾ sont, en général, des entreprises au sens du CDE⁽²⁴⁾. Partant, les titulaires de professions libérales seront désormais soumis à la procédure de faillite. Ils sont toutefois soumis à des dispositions spécifiques eu égard aux particularités de ces professions et notamment à la protection du secret professionnel.

Tout d'abord, les lois spécifiques qui régissent les professions libérales ne sont pas entravées par la faillite. L'article XX.1, § 2, du CDE le confirme en ces termes : « Les dispositions du présent livre s'appliquent sans préjudice du droit particulier qui régit les professions libérales réglementées, les officiers ministériels et les notaires, en ce compris l'accès à la profession, les restrictions à la gestion et à la transmission du patrimoine et le respect du secret professionnel. Les règles du présent livre ne peuvent être interprétées dans un sens qui restreint l'obligation au secret professionnel ou affecte le libre choix du patient ou client du titulaire d'une profession libérale ».

D'autres dispositions y font encore écho. Ainsi, l'article XX.103 qui énonce les pièces à joindre à l'aveu de faillite précise que « lors du dépôt des pièces, le débiteur veille au respect de son secret professionnel ». Par ailleurs, l'article XX.123 impose au tribunal d'adjoindre au curateur désigné un co-curateur lorsque le failli est titulaire d'une profession libérale. Ce co-curateur⁽²⁵⁾ doit avoir embrassé la même profession et offrir des

(22) Voy. notamment P. T'KINT, « L'application du livre XX du Code de droit économique aux associations », dans le présent ouvrage, pp. 47 et s.

(23) L'article I.1, 14°, nouveau du Code de droit économique définit le titulaire d'une profession libérale comme « toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise par ou en vertu d'une loi à une éthique dont le respect peut être appliqué par une institution disciplinaire ».

(24) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 25.

(25) Qui n'est pas à proprement parler un curateur au sens de l'article XX.20, § 2, mais plutôt un praticien de l'insolvabilité au sens de l'article XX.20, § 1^{er} (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX,

garanties de compétence en matière de procédure de liquidation (26)/(27). L'article XX.133 contraint également le juge-commissaire à avertir l'Ordre ou l'Institut dont ressort le titulaire d'une profession libérale déclaré en faillite avant la descente sur les lieux. L'article XX.143 prévoit encore que « Le courrier postal adressé au titulaire d'une profession libérale est remis au curateur conformément aux directives fixées par l'Ordre ou l'Institut dont relève le failli au moment de la faillite ». Enfin, certains jugements devront être notifiés par le greffe à l'organe disciplinaire compétent. En vertu de l'article XX.173, § 3, dernier alinéa, le jugement qui accorde partiellement ou refuse entièrement l'effacement doit être communiqué par le greffier à l'organe disciplinaire compétent. Les décisions statuant sur l'interdiction du failli sont soumises, conformément aux articles XX.231 et XX.232, à la même formalité. Lorsqu'une action en comblement de passif vise le titulaire d'une profession libérale, l'article XX.225, § 6, prévoit également que le greffier notifie une copie du jugement à l'organe disciplinaire. Une mesure similaire est encore prévue à l'article XX.227, § 4, en matière de responsabilité solidaire des dirigeants envers l'ONSS.

Enfin, un arrêté royal devra déterminer les modalités d'application du livre XX aux professions libérales et leurs associations (28). La tâche sera sans aucun doute ardue (29).

11. Le cas particulier des organisations sans personnalité juridique. Le statut des organisations sans personnalité juridique est issu d'une lecture combinée des alinéas 1^{er} et 2 de l'article XX.1, § 1^{er}, du CDE (30). Les organisations sans personnalité juridique tombent sous le

et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/008, p. 26). Voy. aussi l'amendement n° 109 (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 40).

(26) Art. XX.123 CDE.

(27) L'article XX.20, § 1^{er}, al. 4, prévoit : « Les Ordres, les Instituts de titulaires de professions libérales ou les autres associations professionnelles établissent une liste des personnes qui peuvent être désignées par le tribunal comme praticien de l'insolvabilité, sans préjudice de la disposition du paragraphe 2. Ces listes sont mises à jour et publiées annuellement au *Moniteur belge* ».

(28) Art. XX.1, § 1^{er}, dernier al., CDE.

(29) Voy. sur les difficultés que créent les accommodements nécessaires aux titulaires de professions libérales W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 17, note 24 et p. 24.

(30) Voy. également, l'article XX.99, al. 5, qui précise : « En cas de faillite d'une entreprise visée à l'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés sont solidairement responsables en vertu de la loi, seul le curateur peut mettre en cause la responsabilité personnelle d'un associé pour le passif de cette entreprise ». L'article XX.100, al. 2, ajoute que : « En cas de citation en faillite d'une entreprise visée à l'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité

champ d'application de la procédure de faillite à moins qu'elles ne poursuivent pas de but de distribution et qu'elles ne distribuent en fait pas d'avantages à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation.

Cette catégorie d'« organisations sans personnalité juridique » sera vraisemblablement une véritable bouteille à encre (31). Outre l'« ironique retournement de l'histoire » (32), le critère de l'exigence de distribution pose question. La différence de traitement entre une ASBL et une association de fait caritative a suscité de vives critiques (33). Par ailleurs, l'application de la règle coutumière de la solidarité est problématique (34).

L'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 3, apporte une précision complémentaire : « L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une entreprise, dont les associés ont une responsabilité illimitée, n'entraîne pas nécessairement, par ce fait même, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de ces mêmes associés » (voy. *infra*, n° 81) (35).

12. Le toilettage des articles de la loi du 8 août 1997. Dès lors que la notion d'entreprise prend le pas sur celle de commerçant, il convenait de toiletter les dispositions intégrées dans le Code de droit économique. Ainsi, la notion d'activité (professionnelle) est désormais préférée à celle de commerce et d'activité commerciale (36).

illimitée, le demandeur doit appeler à la cause les associés de celle-ci dont il connaît l'existence ». Voy. encore l'article XX.108, § 3, alinéa 2, qui dispose : « Si la faillite concerne une entreprise visée à l'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), du présent livre, ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, l'opposition formée par un associé, qui n'a pas été informé ou n'a pas eu connaissance de l'aveu de faillite n'est recevable que si elle est formée dans les six mois de la publication de la faillite au *Moniteur belge*, et dans tous les cas, dans les quinze jours de la connaissance du jugement ».

(31) Voy. sur les problèmes que pose cette catégorie, W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 28-29.

(32) Expression utilisée par W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 29. L'auteur fait référence à l'abandon de la théorie des cadres légaux obligatoires en 1995. Le Conseil d'État fustige d'ailleurs dans son avis cette « curieuse régression » que contient la réforme (voy. Avis du Conseil d'État n° 60.760/2 du 13 février 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 286).

(33) *Ibid.*

(34) W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 20.

(35) L'article XX.14 CDE dispose tout de même que « Le tribunal compétent pour connaître d'une procédure d'insolvabilité d'une entreprise visée à l'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, peut connaître d'une procédure d'insolvabilité relative aux associés de cette entreprise. Il peut désigner un praticien de l'insolvabilité commun à l'ensemble des procédures ».

(36) Voy. art. XX.1, § 1^{er}, CDE, XX.107 CDE, XX.140 CDE, XX.174 CDE, XX.19 CDE...

§ 3. Mise en place d'une procédure électronique

13. Regsol : un préalable indispensable. Après l'échec du projet Phénix(37), il était peut-être audacieux de se lancer dans l'instauration d'une procédure par voie électronique. C'est pourtant le choix qui fut opéré à l'échelon des procédures d'insolvabilité par le législateur. Celui-ci entend « moderniser le dossier de l'insolvabilité par le choix d'une procédure électronique intégrale »(38).

La mise en place d'une procédure électronique imposait au préalable la mise sur pied d'une plateforme digitale. La loi du 1^{er} décembre 2016 répond à cette exigence. Après e-box et e-deposit en matière judiciaire(39), c'est Regsol (Registre central de la solvabilité) qui voit le jour en droit de l'insolvabilité(40)/(41). Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017, met sur pied une base de données(42) qui permet de gérer en ligne les dossiers de faillite(43). L'arrêté royal qui organise son fonctionnement et régleme notamment son accès est adopté le 23 mars 2017(44). Tous les acteurs de la faillite sont concernés par le changement. Tandis que la partie privée du site est réservée aux curateurs, greffiers et magistrats, la partie publique est ouverte à tous les créanciers et autres tiers intéressés(45).

(37) Voy. sur ce point, I. VERUGSTRAETE et V. LAMBERTS, « Le dossier électronique : concept, création, gestion », in J.-Fr. HENROTTE (coord.), *Phénix et la procédure électronique*, coll. CUP, vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 13 et s. ; I. VERUGSTRAETE, « Présentation générale du système phénix, entre projet et réalité », in *Phénix – Les tribunaux à l'ère électronique*, coll. Cahiers du CRID, vol. 29, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 17 et s. ; D. MOUGENOT et J. VANDERSCHUREN, « Procédure civile, année électronique ? », *J.T.*, 2017, pp. 409-425.

(38) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

(39) Voy. A. KEEREMAN et R. BOONE, « Stap voor stap naar een echte digitale justitie », *Juristenkrant*, 2017, liv. 346, pp. 8-9 ; D. MOUGENOT et J. VANDERSCHUREN, « Procédure civile, année électronique ? », *J.T.*, 2017, pp. 409-425.

(40) www.regsol.be.

(41) La plateforme s'inspire d'un projet pilote expérimenté par le tribunal de commerce de Gand et développé par Aginco (Failmanager). Elle est financée et gérée conjointement par l'OVV et l'OBFG (art. 5/2 de la loi du 8 août 1998 inséré par l'art. 6 de la loi du 1^{er} décembre 2016). C'est en réalité via le système de rétribution (redevances annuelles des curateurs et redevances des créanciers pour l'introduction de leur créance) que l'OBFG et l'OVV espèrent une opération blanche (voy. également, art. 5 de la loi du 8 août 1997).

(42) L'article XX.22, al. 1^{er}, 6), définit le registre comme « le Registre Central de la Solvabilité est la base de données informatiques où les dossiers relatifs aux accords amiables, de procédures de réorganisation judiciaire et de faillite sont enregistrés et conservés ».

(43) Art. 24 de la loi du 1^{er} décembre 2016 modifiant le Code judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'introduire le Registre Central de la Solvabilité, *M.B.*, 11 janvier 2017.

(44) A.R. du 23 mars 2017 organisant le fonctionnement du Registre central de la solvabilité, *M.B.*, 27 mars 2017.

(45) Voy. sur la consultation du registre, les modalités et conditions, les articles XX.131, § 2, CDE et XX.18 CDE.

14. Le rôle central du registre. Dès le départ, le registre est perçu comme « le pivot du système d'insolvabilité électronique »(46). Il contient toutes les données et les pièces relatives à la procédure de faillite(47), à savoir notamment le jugement déclaratif, l'inventaire, les déclarations de créance ainsi que les rapports et requêtes déposés par les curateurs(48). Les notifications, communications et dépôts prévus par le livre XX, auprès de ou par un praticien de l'insolvabilité, un juge délégué ou un juge-commissaire, se font par le biais du registre(49). Le registre est la source authentique des actes et données qui y sont enregistrés(50). L'article XX.11 précise que lorsque les dispositions du livre XX prévoient l'accomplissement d'un acte par écrit, « cette exigence est satisfaite si l'acte est déposé par voie électronique par une personne authentifiée via le registre et pourvu d'une signature électronique ».

15. La procédure électronique de faillite. L'instauration d'une procédure électronique constitue l'une des grandes avancées de la réforme. Elle découle, comme nous l'avons vu, de la loi du 1^{er} décembre 2016 en vigueur depuis plusieurs mois. Le livre XX du CDE reprend à son compte – et étend à la procédure de réorganisation judiciaire(51) – les apports et les innovations de cette loi.

L'aveu du débiteur se fait par voie électronique dans le registre(52). À titre exceptionnel et conformément à l'article XX.102, alinéa 2, le débi-

(46) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 23.

(47) Art. 5/1 de la loi du 8 août 1997 inséré par l'article 5 de la loi du 1^{er} décembre 2016. Suite à la réforme, c'est principalement le chapitre 3 du titre 1 du livre XX du CDE (art. XX.15 à XX.19) qui est dédié à ce registre.

(48) L'article XX.131 CDE dispose que : « Le registre contient pour chaque faillite, un dossier contenant au minimum les éléments suivants :

1° une copie conforme du jugement déclaratif de faillite, du jugement fixant la date de cessation de paiement et des décisions rendues sur recours contre ces jugements ;

2° les extraits des publications visées dans ce titre ;

3° les ordonnances prises par le juge-commissaire ;

4° le cas échéant, le procès-verbal de descente sur les lieux et l'inventaire visé à l'article XX.134 ;

5° les déclarations de créance et leurs annexes ;

6° les procès-verbaux de vérification des créances ;

7° le tableau visé à l'article XX.164 ;

8° les rapports et états de répartition établis par les curateurs, visés aux articles XX.128, XX.168 et XX.192 ;

9° le bilan visé à l'article XX.147 ;

10° la liste des transactions et des homologations visées à l'article XX.151 ;

11° le compte simplifié visé à l'article XX.170 ».

(49) Art. 4 de la loi du 8 août 1997 et art. XX.9 CDE.

(50) Art. 5 de la loi du 8 août 1997 et art. XX.15 CDE.

(51) Art. XX.40, § 1^{er}, CDE.

(52) Art. XX.102 CDE.

teur qui se trouve dans l'impossibilité de faire l'aveu par cette voie peut faire aveu par dépôt d'un acte au greffe du tribunal compétent(53). C'est alors au greffier qu'il incombe de convertir l'acte en un document électronique(54).

Le registre est omniprésent dans la procédure et son utilisation indispensable. Le curateur est tenu de confirmer l'acceptation de sa mission et de déposer l'inventaire dans le registre(55). L'ensemble de la procédure de vérification de créances se déroule via le registre (*infra*, n° 16). Les rapports dressés par le curateur(56) et par le juge-commissaire(57) sont déposés sur la plateforme Regsol. Les requêtes(58) et avis de convocation(59) se font également par le biais de celle-ci. Figurent encore dans le registre les jugements(60), les ordonnances prises par le juge-commissaire(61) et les extraits de publications(62). On y retrouve enfin d'autres informations comme le bilan(63), la liste des transactions(64), le tableau récapitulatif reprenant l'ensemble des créances(65) et les comptes simplifiés(66).

16. La procédure de vérification de créances. Le jugement déclaratif impose non seulement aux créanciers de faire leur déclaration de créance dans le registre, mais aussi au curateur d'y déposer le premier procès-verbal de vérification de créances(67). Les créanciers sont avertis par l'avis déposé dans le registre et par la lettre circulaire adressée par le curateur aux créanciers connus(68).

(53) Notons que le tribunal de l'insolvabilité est défini à l'article I.22, 4°, du CDE comme « le tribunal de commerce compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, ou qu'il l'a ouverte ».

(54) Voy. en cas de dysfonctionnement du registre, l'article 6 de l'arrêté royal du 23 mars 2017.

(55) Art. XX.126, § 2, et 134 CDE. Le procès-verbal de descente sur les lieux est, le cas échéant, également déposé dans le registre (XX.131, § 1^{er}, 4°, CDE).

(56) Art. XX.173, § 2, CDE (rapport sur l'effacement et sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées) ; art. XX.128 et XX.192 CDE (rapports annuels et détaillés de la situation de faillite) ; XX.168 CDE (état de répartition) ; XX.153 CDE (mémoire au procureur du Roi).

(57) Art. XX.166 CDE (rapport en vue de la vente d'actifs mobiliers).

(58) Art. XX.135 CDE (clôture pour insuffisance d'actif) ; art. XX.163 CDE (demande d'effacement).

(59) Art. XX.161 (convocation relative aux contestations de créances) et XX.167 CDE (convocation d'une assemblée générale des créanciers). La convocation par courrier recommandé (XX.164, al. 3), ou lettre circulaire (XX.167, al. 3) reste toutefois possible.

(60) Art. XX.173, § 2, CDE (jugement statuant sur l'excusabilité), art. XX.131, § 1^{er}, 1°, (jugement déclaratif de faillite et jugement fixant la date de cessation de paiement).

(61) Art. XX.131, § 1^{er}, 3°, CDE.

(62) Art. XX.131, § 1^{er}, 2°, CDE.

(63) Art. XX.131, § 1^{er}, 9°, et XX.147 CDE.

(64) Art. XX.131, § 1^{er}, 10°, et XX.151 CDE.

(65) Art. XX.164, § 2, CDE.

(66) Art. XX.131, § 1^{er}, 11°, et XX.170 CDE.

(67) Art. XX.104 CDE, XX.155, XX.160 et XX.161 du CDE.

(68) Art. XX.155, § 1^{er}, al. 3 : « L'avis et la lettre circulaire mentionnent le lieu, le jour et l'heure prévus pour le premier dépôt du procès-verbal de vérification de créances ».

L'article XX.156 énonce les mentions que doivent contenir ces déclarations de créance(69).

« Art. XX.156. La déclaration de chaque créancier énonce :

- son identité, son numéro d'entreprise et, le cas échéant, sa profession et domicile ou, s'il agit d'une personne morale, son numéro d'entreprise, sa dénomination sociale et son siège social ;
- le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou sûretés réelles mobilières qui y sont affectées et le titre d'où elle résulte.

À défaut, les curateurs peuvent rejeter la créance ou la considérer comme chirographaire.

Tout créancier jouissant d'une sûreté personnelle l'énonce dans sa déclaration de créance ou, au plus tard, dans les trois mois de la date du jugement déclaratif de faillite, sauf si la faillite est clôturée plus tôt, et mentionne les nom, prénom et adresse de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli, faute de quoi cette personne est déchargée ».

Les créanciers qui déposent leur déclaration au registre reçoivent un accusé de réception(70). Seuls les créanciers personnes physiques et les personnes morales établies à l'étranger échappent à l'obligation de déposer dans le registre(71). L'article XX.155, § 2, prévoit que ces derniers déposent leur déclaration et ses annexes par envoi recommandé ou contre récépissé à l'adresse du bureau du curateur. C'est alors au curateur qu'il incombe de convertir les documents en forme électronique et de les déclarer conformes(72).

Le système, déjà révisé par l'article 52 de la loi du 19 octobre 2015(73), est légèrement modifié. Un premier procès-verbal de contestation de créance est déposé au plus tard au jour fixé dans le jugement déclaratif de faillite(74). Ensuite, deux procès-verbaux complémentaires doivent être

(69) Pour les déclarations de créance d'un créancier non domicilié dans un État de l'Union européenne, voy. art. XX.157 CDE.

(70) Art. XX.155, § 1^{er}, al. 4, CDE.

(71) À moins qu'elles ne soient représentées par un tiers qui fournit l'assistance judiciaire à titre professionnel.

(72) Voy. sur le choix de la langue à utiliser pour la déclaration de créance, art. XX.155, § 4, CDE.

(73) Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015. Plutôt que de devoir déposer tous les quatre mois des procès-verbaux de vérification de créances complémentaires, les curateurs n'étaient déjà plus tenus qu'à deux dépôts complémentaires qui devaient intervenir chaque année à compter de la date du premier dépôt prévue dans le jugement déclaratif, et ce pendant deux ans.

(74) L'article XX.104, al. 3, dispose que « ce moment est fixé de manière à ce qu'il s'écoule cinq jours au moins et trente jours au plus entre l'expiration du délai accordé pour la déclaration des créances et le dépôt du premier procès-verbal de vérification ».

déposés six et douze mois après la date du jugement déclaratif⁽⁷⁵⁾. Les procès-verbaux sont signés et déposés au registre par le curateur⁽⁷⁶⁾. Le curateur accepte, réserve ou conteste la créance⁽⁷⁷⁾. Le dépôt est obligatoire même si « aucun changement n'a eu lieu par rapport au précédent procès-verbal de vérification »⁽⁷⁸⁾. Entre les procès-verbaux, le curateur peut « soumettre au tribunal, les contestations relatives aux créances qu'ils veulent accepter ou contester »⁽⁷⁹⁾. Pour ce faire, il soumet « une demande au juge-commissaire lequel fixe la date à laquelle l'affaire sera traitée par le tribunal »⁽⁸⁰⁾.

Une précision est ajoutée : « Si le curateur dépose le procès-verbal de vérification plus tard que la date fixée à l'article XX.161, le délai ne prend cours qu'à la date du dépôt du procès-verbal »⁽⁸¹⁾. Vu le retard souvent accumulé dans le chef des curateurs, cet ajout n'est pas dénué d'intérêt pratique.

Au rang des modifications, on dénombre encore le fait que c'est désormais au curateur qu'il incombe de tenir le tableau récapitulatif des créances⁽⁸²⁾. De plus, le délai octroyé au créancier qui jouit d'une sûreté personnelle pour avertir de l'existence de cette dernière passe de six mois à trois mois⁽⁸³⁾ (voy. *infra*, n° 42). Par contre, les articles 65⁽⁸⁴⁾, 66⁽⁸⁵⁾ et 70⁽⁸⁶⁾ de la loi du 8 août 1997 demeurent inchangés.

(75) Art. XX.161, al. 2, CDE.

(76) Art. XX.160 CDE.

(77) Art. XX.161, al. 3, CDE.

(78) Art. XX.161, al. 2, *in fine* CDE.

(79) Art. XX.161, al. 3, CDE.

(80) Art. XX.161, al. 3, CDE.

(81) Art. XX.162, al. 2, CDE.

(82) Art. XX.164 CDE (art. 71 de la loi du 8 août 1997).

(83) Art. XX.156 CDE.

(84) Art. XX.158 CDE : « La vérification des créances est opérée par le curateur en présence du failli ou celui-ci dûment appelé. Les titres des créances sont approchés des livres et écritures du failli ».

Le failli est également entendu sur la liquidation de la faillite ».

(85) Art. XX.159 CDE : « Après la déclaration de chaque créance et jusqu'au jour fixé pour les débats sur les contestations qu'elle soulève, le juge-commissaire peut, même d'office, ordonner la comparution personnelle du créancier ou de son fondé de pouvoir ou de toutes personnes qui peuvent fournir des renseignements. Il dresse procès-verbal de leurs dires. Il peut aussi ordonner la représentation des livres du créancier ou demander, en vertu d'un compulsoire, qu'il en soit rapporté un extrait fait par le juge du lieu ».

(86) Art. XX.165, al. 1^{er} et 2 : « À défaut de déclaration et d'affirmation de leurs créances, les défaillants connus ou inconnus ne sont pas compris dans les répartitions. Jusqu'à la convocation à l'assemblée visée à l'article XX.170, les défaillants ont le droit d'agir en admission sans que leur demande ne puisse suspendre les répartitions ordonnées. Ils ne peuvent prétendre à un dividende que sur l'actif non encore reparté. Les frais et dépenses auxquels la vérification et l'admission de leurs créances donnent lieu restent à leur charge ».

§ 4. Renforcement du *fresh start*⁽⁸⁷⁾

17. Introduction. Une des innovations majeures introduites par la loi du 8 août 1997 consistait en l'introduction d'un régime favorable d'excusabilité du failli⁽⁸⁸⁾. L'objectif était d'éviter que les faillis ne doivent, durant toute leur vie, céder tous les revenus saisissables et les biens qu'ils acquièrent à leurs créanciers⁽⁸⁹⁾.

Un pas de plus en faveur du *fresh start* est franchi avec la réforme. D'une part, le système de l'excusabilité est remplacé par un système d'effacement des dettes⁽⁹⁰⁾ (a). D'autre part, l'article 16 de la loi sur les faillites est modifié en ce sens que le dessaisissement ne vise désormais plus les biens que le failli acquiert entre le jugement déclaratif de faillite et le jugement de clôture (b).

a) L'excusabilité du failli se mue en un système d'effacement de dettes

18. Plan. L'effacement de dettes prôné dans le projet de réforme rompt avec les conditions de malheur et de bonne foi fixées à l'article 80 de la loi du 8 août 1997⁽⁹¹⁾. Son adoption ne fut, dès lors, pas un long fleuve tranquille. Nous reviendrons donc successivement sur les différentes étapes de son évolution.

i) Le projet initial

19. Objectifs du projet initial. Le projet de loi entend « promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ. L'échec ne doit plus être stigmatisant »⁽⁹²⁾. La première mouture

(87) Voy. en droit belge, I. VEROUSTRATE, « Du *fresh start* à l'excusabilité », in Centre d'étude Jean Renaud, *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 545-569.

(88) G.-A. DAL, « L'excusabilité du failli », in Centre d'étude Jean Renaud, *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia Bruylant, 1997, pp. 163-171 ; C. MATRAY, « L'excusabilité du failli », *R.R.D.*, 1998, pp. 261-277 ; J. WINDEY, « L'excusabilité du failli », *R.D.C.*, 1999, pp. 168-178 ; G.-A. DAL, « L'excusabilité (1998-2001) », *J.T.*, 2002, pp. 57-61.

(89) X., « Déclaration d'excusabilité et "cautions de bienfaisance" », *Bilan*, 2001, liv. 414, p. 1.

(90) *Ibid.*, p. 4.

(91) Voy. sur ces critères, C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 535.

(92) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 4.

de la loi du 11 août 2017 prévoit dès lors le remplacement du système de l'excusabilité par un effacement automatique des dettes du failli personne physique. La nouveauté consiste dans le caractère automatique, sauf exceptions, de l'effacement de dettes⁽⁹³⁾.

20. Restrictions. L'effacement automatique des dettes est soumis à deux restrictions. D'une part, il incombe au failli de demander l'effacement de ses dettes résiduelles. Cette demande lui octroie la quasi-certitude de bénéficier de la mesure. D'autre part, dans certains cas exceptionnels, il est permis à tout intéressé de s'opposer à cet effacement⁽⁹⁴⁾ en cas de faute grave et caractérisée⁽⁹⁵⁾. Les conditions actuelles de malheur et de bonne foi ne sont plus exigées⁽⁹⁶⁾.

21. Procédure⁽⁹⁷⁾. La procédure diffère de celle actuellement en vigueur. Tout d'abord, le failli doit demander l'effacement. Soit le failli sollicite l'effacement au moment de l'aveu de faillite, soit il le requiert par demande séparée dans les trois mois de la déclaration de faillite. La demande d'effacement entraîne alors une libération automatique du failli⁽⁹⁸⁾ par le fait de la clôture. Le failli peut toutefois solliciter par requête que le tribunal n'attende pas la clôture et se prononce sur l'effacement.

(93) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 89.

(94) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 97.

(95) Notons que les « circonstances graves » envisagées par le législateur dans la loi de 1997 « s'articulent essentiellement autour de la notion de manquements du commerçant se trouvant à l'origine de la faillite. Il s'agit en d'autres termes de toute "faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite" » (G. STEVENS, « L'excusabilité du failli depuis la loi du 4 décembre 2002 », <http://www.businessandlaw.be/article538.html>). Le projet de loi reformule donc cette condition et l'érige en seul et unique obstacle à l'octroi de l'effacement.

(96) Art. 80, al. 2, de la loi du 8 août 1997.

(97) Voy. projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 97.

(98) Deux amendements n°s 78 et 134 furent déposés relativement à cet article (voy. projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/008, pp. 28-29). L'objectif est de prévoir plus de garanties pour éviter les abus. Suite à l'adoption de l'amendement n° 134, le paragraphe 3 de l'alinéa 1^{er} de l'article XX.173 est modifié et prévoit que les intéressés peuvent faire entendre leur voix s'ils ne sont pas d'accord avec l'effacement (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 70).

22. L'influence du droit européen. Le changement proposé par les auteurs du projet est en réalité insufflé par le droit européen. Dans ses recommandations⁽⁹⁹⁾, la commission prône l'adoption d'une nouvelle approche en matière d'insolvabilité des entreprises. Des normes minimales pour l'apurement des dettes des entrepreneurs faillis sont prévues.

La commission expose à cet égard que :

« Alors qu'il semble être démontré que les entrepreneurs faillis ont plus de chance de réussir la seconde fois, les effets de la faillite et plus particulièrement la stigmatisation sociale, les conséquences juridiques et la persistance du défaut de paiement, sont autant de facteurs dissuasifs pour ceux qui souhaitent créer une entreprise ou bénéficier d'une seconde chance. D'où la nécessité de prendre des mesures propres à réduire les effets négatifs des faillites sur les entrepreneurs, en prévoyant des dispositions pour un apurement complet des dettes à l'expiration d'un délai déterminé »⁽¹⁰⁰⁾.

Elle promet dès lors une seconde chance pour les entrepreneurs en ces termes :

« 30. Il conviendrait de limiter les effets négatifs des faillites sur les entrepreneurs afin de leur donner une seconde chance. Les entrepreneurs devraient être pleinement libérés de leurs dettes qui ont fait l'objet d'une mise en faillite après au plus tard trois ans à compter de :

(a) la date à laquelle la juridiction compétente a statué sur la demande d'ouverture de la procédure de faillite, dans le cas d'une procédure qui se termine par la liquidation des actifs du débiteur ;

(b) la date à laquelle la mise en œuvre du plan de remboursement a commencé, dans le cas d'une procédure qui comprend un plan de remboursement.

31. À l'expiration du délai réhabilitation, les entrepreneurs devraient être libérés de leurs dettes sans qu'une saisine de la juridiction compétente ne soit en principe nécessaire.

32. Une pleine réhabilitation après un court laps de temps n'est pas appropriée en toutes circonstances. Les États membres devraient dès lors pouvoir maintenir ou adopter des dispositions plus strictes qui sont nécessaires pour :

(a) décourager les entrepreneurs ayant agi de manière malhonnête ou de mauvaise foi, que ce soit avant ou après l'ouverture de la procédure de faillite ;

(99) Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf. Voy. également, Communiqué de presse de la commission européenne du 12 mars 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_fr.htm.

(100) Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf.

(b) décourager les entrepreneurs qui n'adhèrent pas à un plan de remboursement ou à toute autre obligation légale visant à préserver les intérêts des créanciers ; ou

(c) préserver les moyens de subsistance de l'entrepreneur et de sa famille en permettant à l'entrepreneur de conserver certains actifs.

33. Les États membres peuvent exclure de la règle de l'apurement des catégories spécifiques de créances, telles que celles issues d'une responsabilité délictueuse » (101).

La Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil (102) s'inscrit dans la même continuité.

ii) Les réticences exprimées en commission

23. Critiques formulées en commission. Des voix se sont rapidement élevées pour réclamer davantage de balises. L'absence de marge de manœuvre du juge est déplorée (103) tandis que le caractère automatique de l'effacement laisse perplexe. Pour séparer le bon grain de l'ivraie, il est proposé de réinstaurer la distinction entre failli de bonne foi et de mauvaise foi (104) déjà présente à l'actuel article 80, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 (105). La connotation morale de la notion de bonne foi fait toutefois débat (106).

(101) *Ibid.*

(102) Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, *www.eur-lex.europa.eu*.

(103) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 13, p. 53, p. 113.

(104) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, pp. 53-56.

(105) « Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi. La décision sur l'excusabilité est susceptible de tierce-opposition par citation donnée au curateur et au failli de la part des créanciers individuellement dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite ».

(106) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, pp. 53-56.

24. Amendements. Plusieurs amendements sont déposés en commission (107) en vue de se prémunir contre les abus éventuels.

L'amendement n° 134 est adopté à l'unanimité (108). Les modifications qu'il comporte visent tout d'abord à permettre au tribunal de statuer sur l'effacement en parfaite connaissance de cause (109). Le délai d'attente qui permet au failli de solliciter une décision sur l'effacement de ses dettes est prolongé de trois mois à six mois. On rappelle toutefois que le débiteur qui n'a pas sollicité l'effacement de ses dettes lors de son aveu de faillite doit introduire sa demande dans les trois mois à compter de la publication du jugement au moniteur belge. Le curateur est informé de la requête du failli et est tenu de déposer un rapport dans lequel il fait état des éventuelles circonstances qui peuvent donner lieu à un constat de fautes graves et caractérisées pouvant entraîner le refus de l'effacement.

D'autres changements visent par ailleurs à éviter l'effacement de dettes en présence de faillites frauduleuses. Il est ainsi permis à tout intéressé de s'opposer à l'effacement. Tant le curateur que le ministère public disposent d'un levier d'action. La demande de refus d'effacement peut être préventive ou curative – sous la forme d'une tierce opposition (110) – selon qu'elle est introduite avant ou après le jugement d'effacement (111). Le délai pour former cette tierce opposition est porté d'un mois à trois mois à compter de la publication du jugement octroyant l'effacement.

(107) Amendements n° 5 (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 6) ; Amendement n° 78 (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 8) ; Amendement n° 134 (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 68).

(108) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/008, p. 29.

(109) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, pp. 70 et s.

(110) Par requête visée à l'article 1034bis du Code judiciaire.

(111) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 71.

iii) *Le texte définitif*

25. Principes. Dans sa version définitive, l'article XX.173 du CDE dispose :

« § 1^{er}. Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers.

L'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.

§ 2. L'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli, requête qu'il doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai. La requête est notifiée par le greffier au curateur. Au plus tard après un mois, celui-ci dépose un rapport dans le registre sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées visées au § 3.

Sans attendre la clôture de la faillite et dès que le délai de six mois est écoulé, le failli peut demander au tribunal de se prononcer sur l'effacement. À la demande du failli, le tribunal communique à ce dernier, par le biais du registre, dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur l'effacement sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement.

Le tribunal se prononce sur la demande d'effacement au plus tard lors de la clôture de la faillite ou, si la demande visée à l'alinéa 1^{er} n'est pas encore introduite au moment de la clôture, dans un délai d'un mois après la demande.

Le jugement ordonnant l'effacement du débiteur est communiqué par le greffier au curateur et est déposé au registre. Il est publié par extrait par les soins du greffier au Moniteur belge.

§ 3. Tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit qu'accordé partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition par requête au plus tard trois mois à compter de la publication du jugement accordant l'effacement.

Lorsque le failli est un titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie à son organe disciplinaire une copie du jugement accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement ».

L'effacement des dettes résiduelles du failli reste automatique. Cet effacement automatique est néanmoins subordonné au respect de conditions procédurales et de fond.

L'effacement doit, tout d'abord, être sollicité par le failli lors de son aveu ou dans les trois mois à compter de la publication du jugement déclaratif de faillite. Dès l'écoulement d'un délai de six mois, le failli peut demander au tribunal de se prononcer. À défaut de se prononcer dans le délai d'un an, le tribunal devra justifier son abstention. Il se prononce au plus tard lors du jugement de clôture (112).

En outre, l'article XX.173, § 3, du CDE enserme cet effacement dans des limites. Il offre à tout intéressé, y compris le curateur et le ministère public, la possibilité de s'opposer partiellement ou totalement à l'effacement en cas de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. Le critère de bonne foi, débattu en commission, est abandonné (113). On s'attache uniquement à l'existence ou non de fautes graves et caractérisées.

26. Portée. L'exposé des motifs du projet de loi énonce que : « Le système d'effacement est profondément différent de celui de l'excusabilité. Il est en essence pour les personnes physiques, un système par lequel les dettes résiduelles après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées » (114). On lit encore que ce système « met fin aux discussions qui prévalaient dans la jurisprudence et la doctrine en ce qui concerne les règles relatives à l'excusabilité, qui est remplacée par un effacement des dettes » (115). Le projet ne dit toutefois mot de la portée de la notion d'effacement. Les dettes sont-elles éteintes ? Leur exigibilité est-elle suspendue ?

On rappellera que l'extinction des dettes du failli instaurée par la loi du 4 septembre 2002 (116) avait entraîné plusieurs difficultés. La dette

(112) À titre exceptionnel, lorsque la clôture de la faillite intervient dans les trois mois à compter du jugement déclaratif et avant que la requête du failli n'ait été déposée, le tribunal devra se prononcer dans le mois de la demande.

(113) Notons que l'article 80 de la loi du 8 août 1997 impose, outre les conditions de malheur et de bonne foi, l'absence de circonstances graves spécialement motivées.

(114) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 97.

(115) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. Janssens et A. Vanheste, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 4.

(116) Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

principale étant éteinte, le cautionnement était censé prendre fin vu son caractère accessoire (117). Comme le relevait J. Van den Haute, l'extinction de la dette aurait dû entraîner la décharge automatique de toutes les cautions et non uniquement des cautions engagées à titre gratuit (118). Pour pallier les difficultés et lever les dernières incertitudes, la loi du 20 juillet 2005 (119) avait adopté une nouvelle formulation : « le créancier excusable ne peut plus être poursuivi ». Actuellement, l'excusabilité n'éteint plus les dettes du failli, mais ne fait qu'en suspendre l'exigibilité (120) et n'a d'effet que pour l'avenir. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le failli s'exécute volontairement (121). Le cas échéant, s'il paie une dette due, le failli ne pourra la réclamer par une action ultérieure (122).

La portée de l'effacement des dettes introduit par la nouvelle loi reste donc incertaine. La notion est, en effet, inexistante en droit des obligations.

27. Quid en l'absence d'effacement ? Lorsque le débiteur n'obtient pas le bénéfice de l'effacement, « le créancier recouvre ses droits et peut, en l'absence d'un titre exécutoire, obtenir un jugement du tribunal pour sa créance. À l'inverse, si le créancier a déjà un titre exécutoire, il peut procéder à la mise en œuvre selon le droit commun de l'exécution forcée » (123).

28. Exceptions à l'effacement. À l'instar du système qui a cours actuellement (124), l'effacement ne vise pas les « dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute » (125).

29. Régime des conjoint, (ex)-conjoint et cohabitant légal. Jusqu'à présent, l'(ex)-conjoint et le cohabitant légal (126) du failli bénéficient

(117) J. VAN DEN HAUTE, « Quelle excusabilité pour le conjoint du failli et pour la caution ? Suite et fin ? », *Div. Act.*, liv. 9, p. 146.

(118) *Ibid.*

(119) Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005.

(120) F. T'KINT, « L'excusabilité et la réhabilitation du failli », in X., *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 867.

(121) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.

(122) A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in M. GRÉGOIRE, *Actualité du droit des procédures collectives*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 8.

(123) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 98.

(124) Voy. art. 82, al. 3, de la loi du 8 août 1997.

(125) Art. XX.173, § 1^{er}, al. 2, CDE.

(126) Bien que l'article 82, al. 2, ne vise pas spécifiquement le cohabitant légal, le sort de celui-ci fut réglé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt du 18 novembre 2010, la Cour constitu-

d'un régime particulièrement avantageux. L'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 dispose que « le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ». Sont visées les dettes qui résultent d'un engagement contractuel, mais aussi celles qui naissent par l'effet de la loi (127).

Demeurait toutefois incertaine la question de savoir si le conjoint directement concerné par la dette de son époux pouvait bénéficier de la libération (128). Le cas de figure se rencontre, par exemple, lorsqu'un emprunt est souscrit par les deux conjoints au profit exclusif du patrimoine propre de l'époux du failli (transformation d'un immeuble appartenant en propre au conjoint). Il en va également de même lorsqu'une épouse a consenti une hypothèque sur un bien qui lui est propre en vue de garantir un prêt souscrit par les deux époux. L'épouse peut-elle se prévaloir de l'excusabilité de son conjoint pour être libérée de ses engagements ? Les arrêts du 24 février 2011 (129), du 8 juin 2012 (130) et du 18 octobre 2013 (131) de la Cour de cassation mirent fin à la controverse (132) relative à l'étendue des effets de l'excusabilité. L'excusabilité s'applique non seulement aux

tionnelle décide : « En ce qu'il ne prévoit pas la possibilité, pour le cohabitant légal qui est personnellement obligé à la dette de son cohabitant légal failli déclaré excusable, d'être libéré de ses obligations, l'article 82, al. 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites viole les articles 10 et 11 de la Constitution » (*J.T.*, 2011, p. 123, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1670, *NjW*, 2011, p. 292, *R.D.C.*, 2011, p. 264). Cette jurisprudence est confirmée dans l'arrêt du 13 juin 2013 de la Cour constitutionnelle (*R.T.D.F.*, 2013, p. 1013, *Rev. not. b.*, 2013, p. 698). Voy. sur cette question, M.-F. RIGAUD, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », in M. DAL et A. ZENNER, *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 41 et s. ; D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 25.

(127) Voy. la loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, al. 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 21 février 2005 ; D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n° 33.

(128) Voy. en faveur d'un refus du bénéfice de l'excusabilité, C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *Sûretés et procédures collectives*, coll. CUP, vol. 100, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 85. Voy. sur l'évolution jurisprudentielle de la question, D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n° 35 et s.

(129) Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 653, concl. T. WERQUIN, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILLE, *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTEGGER.

(130) Cass., 8 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1322, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1367.

(131) Cass., 18 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1976, *J.L.M.B.*, 2014, p. 27.

(132) Voy. sur cette controverse, C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, pp. 544 et s. ; D. PASTEGGER, « Excusabilité du failli, libération du conjoint et protection de son patrimoine propre », note sous Cass., 24 février 2011, *R.D.C.*, 2011, pp. 881-886 ; D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, pp. 647-674.

dettes propres du failli, mais s'étend, en outre, aux dettes qui concernent personnellement le conjoint du failli.

La réforme entend renouer avec plus de rigueur et poser des limites à cet effacement. En réponse à la jurisprudence particulièrement favorable aux conjoints, ex-conjoints et cohabitants légaux, la loi nouvelle rejette expressément la possibilité d'étendre l'effacement aux dettes contractuelles personnelles de ces derniers qui sont étrangères à l'activité économique du failli (133).

Les travaux préparatoires justifient ce revirement par le fait qu'il « serait discriminatoire à l'égard des conjoints et partenaires dans d'autres procédures collectives ou quasi collectives d'instaurer un régime illimité d'effacement. Ceci amène le projet à ne pas étendre l'effacement aux dettes contractuelles personnelles du partenaire non en faillite et qui sont étrangères à l'activité économique du failli. Le crédit accordé aux conjoints et partenaires de gérants d'entreprises deviendrait plus difficile vu le risque complémentaire créé par cet effacement potentiel » (134).

Ainsi, aux termes de l'article XX.174 du CDE,

« le conjoint du failli, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli, qui est personnellement coobligé à la dette de celui-ci, contractée du temps du mariage ou de la cohabitation légale, est libéré de cette obligation par l'effacement.

L'effacement ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite.

L'effacement est sans effet sur les dettes personnelles ou communes du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant légal ou de l'ex-cohabitant légal, nées d'un contrat conclu par eux, qu'elles aient été ou non contractées seul ou avec le failli, et qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli ».

(133) Art. XX.174 CDE. Voy. également, A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel : une simple sûreté réelle pour autrui ? », in *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Limal, Anthemis, 2017, n° 29.

(134) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 98. Voy. également, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 99.

Le législateur prend également la plume pour régler expressément le sort du cohabitant légal (135). L'effacement ne profite toutefois pas aux cohabitants légaux dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant (136) l'ouverture de la procédure de faillite.

30. L'instauration de l'effacement dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire. La procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'activité sous autorité de justice peut être assimilée, à certains égards, à la faillite (137). Tous les actifs du débiteur sont, en effet, cédés de sorte que le failli se retrouve dans une situation semblable à celle qui existe lors d'une liquidation (138). C'est la raison pour laquelle le législateur transpose, en matière de réorganisation judiciaire, le système de l'effacement des dettes. Ce dernier est mis en concordance avec celui de la faillite à l'article XX.96 du CDE afin d'éviter « que le choix du débiteur pour l'un ou l'autre régime ne soit influencé par un régime d'effacement différent » (139).

b) Limitation du dessaisissement du failli

31. Aperçu. La modification de l'article 16 constitue une autre grande avancée de la réforme. Afin de mieux cerner ses enjeux, nous reviendrons sur le dessaisissement du failli (i) avant d'aborder les nouveautés issues de la réforme (ii).

(135) Voy. *supra*, note de bas de page n° 125. Notons que le sort des ex-cohabitants est également traité par le législateur.

(136) Cette modification avait déjà été proposée dans la proposition de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et réformant le régime de la décharge des cautions en matière de faillite devenue caduque (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 52-2273/001). « Il s'agit [...] d'éviter que des concubins ne recourent de manière abusive à la déclaration de cohabitation légale [...] pour bénéficier anormalement de la protection qui sera ainsi assurée par ce biais au cohabitant légal » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 52-2273/001, p. 8).

(137) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 79.

(138) *Ibid.*

(139) Voy. amendement n° 133, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 66. Voy. également, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/008, p. 21.

i) *Le dessaisissement sous l'empire de la loi du 8 août 1997*

32. Le dessaisissement sous l'empire de la loi du 8 août 1997 : les principes applicables. Le dessaisissement du failli garantit le maintien de l'intégrité du patrimoine du failli du jugement déclaratif de faillite à la clôture de celle-ci (140)/(141). L'objectif recherché est d'éviter que le débiteur ne diminue son actif ou n'augmente son passif au détriment des créanciers. Il faut éviter que certains créanciers soient favorisés au préjudice des autres (142). Il s'agit d'une « sorte de saisie ou de mainmise collective opérée, par l'effet de la loi, au profit des créanciers au jour de la faillite » (143). Le dessaisissement emporte deux effets (144). D'une part, le débiteur ne peut plus poser d'acte de disposition et même de simple administration sur ses biens. Le failli ne peut obliger la masse (145). D'autre part, la gestion et l'administration du patrimoine du débiteur sont confiées au curateur. Cela signifie que le failli ne peut plus recevoir un paiement, payer une dette, ou encore agir en justice pour exercer ses droits patrimoniaux (146). C'est désormais au curateur qu'il incombe de recouvrer les créances du débiteur, de poursuivre, le cas échéant, l'activité commerciale, de procéder à la vente des biens appartenant au failli... (147). Malgré le dessaisissement, le

(140) A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389.

(141) Cass., 5 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, pp. 315 et s. et plus spéc. p. 333.

(142) E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 90 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 414.

(143) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 232-233. Voy. également, B. MAES et R. BÜTZLER, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse », note sous Cass., 26 novembre 1981, *R.C.J.B.*, 1985, p. 456, n° 8 ; A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269.

(144) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.

(145) E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 93 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229.

(146) E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 97 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229.

(147) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.

failli reste propriétaire de ses biens (148). En cas de vente par le curateur, la propriété passera directement du failli à l'acquéreur (149).

Le dessaisissement est général (150) et dure toute la procédure de faillite (151). Il porte sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers, civils et commerciaux, du débiteur, biens présents et à échoir pendant tout le temps que le débiteur est en état de faillite (152)/(153).

Les biens que le failli se procure à la suite de l'exercice d'une nouvelle activité sont également visés par le dessaisissement (154) sous déduction des frais et charges engendrés par cette nouvelle activité (155). Il en va de même des biens donnés ou légués au failli sous déduction des dettes qui grèvent l'actif (156).

(148) G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1973, p. 649, n° 2957 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212 ; R. JANSSEN, « Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid, en derdenbescherming », note sous Cass., 6 mars 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 362 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 419.

(149) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 159.

(150) E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 44 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 414 ; K. BYTTEBIER et N. GESQUIÈRE, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gand, Story Publishers, 2014, 135 p. 30.

(151) E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 44.

(152) A. C. RENOARD et J. BEVING, *Traité des faillites et des banqueroutes*, Paris, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 166 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 91 ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 675-676.

(153) Les gains touchés par un débiteur qui, postérieurement à la faillite, jouerait avec succès au « win for life » tombent dans la masse. Voy. Comm. Liège, div. Namur, 22 mai 2017, inédit, R.G. n° A/16/00691.

(154) G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1973, p. 691, n° 3032 ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227. Voy. pour les controverses qui existaient sur la question, E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT et J. DE LE COURT, v° « Faillite », *Pandectes belges. Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 42, Bruxelles, Larcier, 1892, p. 585.

(155) M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 14. Voy. toutefois Cass., 25 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1373. Dans cet arrêt, la Cour décide que le dessaisissement ne fait pas obstacle à ce qu'un failli perçoive de nouveaux revenus et qu'il les utilise pour pourvoir à son entretien et à celui de sa famille. Sur les principes et controverses relatives aux déductions à opérer sur les nouveaux revenus du failli, voy. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 192 ; P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 690 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 260 ; J. CAEYMAEX, « L'activité nouvelle du failli », note sous C. trav. Liège, 23 juin 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 39 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 43, n° 39 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.

(156) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 678 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 192 ; J. DE SMET, *Ondernemingen in moeijikheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 69.

33. Le dessaisissement sous l'empire de la loi du 8 août 1997 : les exceptions. Le principe du dessaisissement souffre toutefois de nombreuses exceptions que l'on peut classer en différentes catégories (157).

a) Échappent, tout d'abord, au dessaisissement les droits qui ne font pas partie du patrimoine du failli (158). On y retrouve les biens appartenant à des tiers (159), les droits tirés d'une assurance-vie contractée par le failli au profit d'un tiers (160)...

b) Les droits à caractère personnel échappent au dessaisissement (161). Il est toutefois délicat de déterminer avec précision les droits et actions de nature extrapatrimoniale qui sont attachés à la personne du débiteur. On raisonne généralement sur la base des principes tirés de l'article 1166 du Code civil (162). Sont rangés dans cette catégorie les droits de la famille (action en nullité du mariage, action en divorce, en contestation de paternité...), les droits dérivant de l'exercice de l'autorité parentale ou du régime matrimonial du failli, les actions qui intéressent la personne physique du failli, son honneur ou sa considération (action en réparation suite à la commission d'un délit de diffamation, une contrefaçon artistique...), les actions en révocation des donations pour cause d'ingratitude ou inexécution des charges, les actions en rapport ou en réduction de libéralités...

(157) Voy. E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 684. Voy. également C. LYON-CAËN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1922, p. 927 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 222 et s. ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 419 et s. ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 16 et s.

(158) Le patrimoine est défini comme « Het geheel van goederen en rechten, in geld waardeerbaar, dat aan een bepaald rechtssubject toebehoort » (K. BYTTEBIER et N. GESQUIÈRE, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gand, Story Publishers, 2014, p. 21. Voy. également, E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 9). Traduction libre : « L'ensemble des biens et droits, évaluable en argent, qui appartient à un sujet de droit déterminé ».

(159) Notons tout de même que le privilège du bailleur s'exerce sur tout ce qui garnit l'immeuble. Ainsi, l'assiette du privilège peut comporter des biens qui appartiennent à des tiers (voy. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 228).

(160) Voy. sur cette question, F. GEORGE et V. CALLEWAERT, « Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I) », *Bull. Ass.*, 2013, pp. 392-425.

(161) Pour les droits strictement personnels au failli, voy. E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 704 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 261 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 393 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 21.

(162) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 704 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 261 et s. ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 21.

c) Tombent encore sous l'exclusion les biens insaisissables (163). En vertu des alinéas 2 et 3 de l'article 16, « Les biens visés à l'article 1408 du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession du saisi, visés au 3^o de cet article, sont exclus de l'actif de la faillite le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition ». Les insaisissabilités prévues aux articles 1408 et suivants du Code judiciaire s'appliquent ainsi à la matière de la faillite (164). L'alinéa 3 de l'article 16 ajoute que « sont également exclus de l'actif de la faillite les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite, pour autant qu'ils soient insaisissables en vertu des articles 1409 à 1412 du Code judiciaire ou en vertu de lois particulières » (165). On y retrouve l'insaisissabilité de tout ou partie des sommes déposées sur un compte ouvert par une personne physique telle que consacrée par les articles 1411bis à 1411quater du Code judiciaire (166).

d) L'article 16, alinéa 4, de la loi sur les faillites prévoit encore que les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite sont exclues du dessaisissement (167)/(168).

e) Enfin, aux termes de l'article 48, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites « les curateurs peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, délivrer au failli, personne physique, et à sa famille des meubles et effets nécessaires à leur propre usage. Les curateurs dressent un inventaire de ces objets. Ils peuvent également, avec l'autorisation du juge-commissaire, attribuer des secours alimentaires au failli, personne physique, et à sa famille ».

(163) Le débiteur sera également admis à exercer les droits et actions relatifs à ces biens exclus du dessaisissement (G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1973, p. 690).

(164) E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 18 et 45.

(165) Notons que les quotités insaisissables ne sont toutefois pas d'application lors de saisies ou cessions qui découlent d'obligations alimentaires (art. 1412, al. 1^{er}, 2^o, C. jud.). Voy. sur la question, M.E. STORME, « Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden », *T.P.R.*, 2006, pp. 1062 et s.

(166) F. GEORGES, « Quatre questions de principe sur la saisie-arrêt, en particulier entre les mains des banques », in X., *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 87.

(167) Sur la discrimination qui existait avec les autres situations de concours, voy. C. const., 2 octobre 2008, n^o 134/2008, J.T., 2008, p. 638, J.L.M.B., 2008, p. 1552, note F. GEORGES.

(168) Il en va autrement lorsque ces fonds insaisissables servent à l'acquisition d'un bien immobilier. Dans cette hypothèse, l'insaisissabilité disparaît (F. GEORGES et C. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », *Chron. not.*, vol. 50, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 53). Voy. Liège, 10 janvier 2006, J.L.M.B., 2006, p. 1040 où un médié veut faire l'acquisition d'un immeuble au moyen de fonds insaisissables.

ii) La réforme de l'insolvabilité (169)

34. Une nouvelle mesure destinée à favoriser le rebond du débiteur. La réforme met l'accent sur la seconde chance dont doit bénéficier le failli. L'effacement des dettes du failli s'accompagne d'une autre mesure destinée à permettre un rebond plus rapide du débiteur. Le dessaisissement du débiteur est dorénavant limité. L'article XX.110 du CDE prévoit, en effet, que les biens (170), les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite échappent au dessaisissement. La rémunération du failli sera donc exclusivement réservée à ce dernier. Le dessaisissement ne vise plus que les biens acquis pour « une cause existant avant l'ouverture de la faillite » (171). Sera donc exclu de la masse « le produit des prestations de travail effectuées après la faillite, ou des héritages recueillis à la suite d'un décès survenu après la faillite ou donations postérieures » (172). L'incidence pratique de cette question est considérable.

35. Les autres modifications apportées à l'article 16. Outre la limitation du dessaisissement, l'article XX.110 comporte d'autres changements.

D'une part, le législateur en profite pour corriger la coquille présente dans l'article 16 de la loi sur les faillites. Le problème de ponctuation est résolu (173).

D'autre part, la finale du paragraphe 3 dispose que le failli gère les montants qui échappent à l'actif de la faillite (visés aux alinéas 2 et 3) et en dispose. Cette solution était déjà consacrée pour les biens visés à l'article 1408 du Code judiciaire (174). La capacité du failli est, dès lors, reconnue de manière plus large et expresse (*infra*, n° 37).

36. L'incidence de la réforme sur la nouvelle activité du failli. Actuellement, le dessaisissement n'empêche pas le failli de se livrer, à

(169) Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

(170) L'insertion des « biens » fut suggérée par le Conseil d'État (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 310).

(171) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 83.

(172) *Ibid.*, p. 83.

(173) L'article 16, al. 2, dispose en effet que « les biens visés à l'article 1408, du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession du saisi, visés au 3° de cet article, sont exclus de l'actif de la faillite (*sic*) le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition ».

(174) Voy. art. 16, al. 3, et art. XX.110, § 3, al. 1° *in fine*, du Code de droit économique.

titre de salarié (175) ou d'indépendant (176), à l'exercice d'une activité nouvelle (177), qu'elle soit ou non commerciale (178). L'exercice d'une nouvelle activité « implique nécessairement pour le failli le droit d'administrer les ressources qu'il s'est acquises par son travail, de contracter ou de s'obliger à raison des actes relatifs à son industrie ou à son commerce nouveaux » (179). Pour ce faire, l'autorisation du curateur n'est nullement exigée (180). Ce principe découle d'une interprétation *a contrario* des

(175) A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 427.

(176) Bruxelles, 25 février 1881, *Pas.*, 1881, II, p. 120 ; Comm. Brux., 17 janvier 1914, *J.C.B.*, 1914, p. 173 et la note (l'article 444 « n'enlève point au failli le droit de contracter un louage de ses services personnels pour lui permettre de subvenir à ses besoins et ceux de sa famille ») ; Mons, 13 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 157 (« Les revenus que le failli tire de son activité nouvelle ne reviennent pas de plein droit à la masse des créanciers ; que le bon sens commande d'admettre que le failli doit, d'une part, faire face à des frais professionnels et que, d'autre part, il doit assurer sa subsistance et celle de sa famille, sans qu'il soit requis que les sommes qu'il perçoit soient versées à titre de secours alimentaire » et « ce qui revient à la masse, c'est ce qui excède ce qui est nécessaire pour couvrir les frais professionnels et les besoins de la vie courante ») ; Liège, 25 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 857 (pour reconnaître au failli le droit de participer à la constitution d'une société, la cour d'appel se fonde, sur le principe de la liberté des activités dans tous les domaines ainsi que sur le droit naturel de subvenir à son existence et à celle des siens).

(177) Cass., 3 mars 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 172, concl. proc. gén. LECLERCQ ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.

(178) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 259 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.

(179) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 191. Voy. également, R. JANSSEN, *Beschikkingenbevoegdheid*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 207-208.

(180) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 259 ; J. CAEYMAEX, « L'activité nouvelle du failli », note sous C. trav. Liège, 23 juin 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 39 ; J. CAEYMAEX, « Le dessaisissement du failli, principe absolu ? », *J.L.M.B.*, 1988, p. 45.

dispositions relatives aux déchéances automatiques(181)/(182) résultant de l'état de faillite et des interdictions qui peuvent être prononcées par les cours et tribunaux à l'encontre du failli(183). Par ailleurs, le droit d'exercer une nouvelle activité a été reconnu à plusieurs reprises par la Cour de

(181) Les déchéances visent les professions et activités suivantes : dirigeant d'une société de banque (art. 19 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993 remplacé par l'article 20 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse, *M.B.*, 7 mai 2014) ; réviseur d'entreprise (art. 4, 3°, de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, *M.B.*, 2 septembre 1953 remplacé par l'article 20 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse, *M.B.*, 7 mai 2014), expert-comptable ou conseiller fiscal (art. 19 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, *M.B.*, 11 mai 1999) ; expert automobile (art. 5 de la loi du 15 mai 2007 relative à la reconnaissance et à la protection de la profession d'expert en automobiles et créant un Institut des experts en automobiles, *M.B.*, 2 juin 2008) ; intermédiaire d'assurances et de réassurances (art. 268 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014) ; conclusion d'opérations de vente ou de prêt à tempérament et activités de financement dont l'exercice est soumis à l'inscription ou l'agrément (art. 29, 2° et 3°, de la loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement, *M.B.*, 26 juillet 1957). Les interdictions ne prendront fin qu'en cas de réhabilitation du failli (voy. art. 109 et 110 de la loi sur les faillites). L'entreprise qui a, dans les trois années écoulées, été impliquée dans une faillite ou qui compte parmi les administrateurs, gérants, mandataires ou personnes ayant le pouvoir d'engager l'entreprise, des personnes physiques ou morales qui, dans les trois années écoulées, ont été impliquées dans une faillite, liquidation ou opération similaire ne peut obtenir d'agrément pour exercer l'activité qui consiste en des prestations de travaux ou services de proximité (art. 2 de la loi du 20 juillet 2001 visant à favoriser le développement de services et d'emplois de proximité, *M.B.*, 11 août 2001). La faillite entraîne également pour les intermédiaires en services bancaires et d'investissement, les intermédiaires d'assurances et de réassurances et les entreprises hypothécaires la perte de leur agrément (art. 43 de la loi du 4 août 1993 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992, art. 268 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014 et 18 de la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers, *M.B.*, 28 avril 2006). Le juge pénal ou le tribunal de commerce, conformément à l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités (*M.B.*, 27 octobre 1934), peuvent également interdire à certains condamnés et au failli d'exercer certaines fonctions. Ces interdictions, suite à plusieurs arrêts de la Cour d'arbitrage (C.A., n° 57/98 et n° 87/98, *M.B.*, 3 septembre 1998, p. 28.507 et 21 août 1998, p. 27.010), sont facultatives. Sur les violations des articles 10 et 11 de la Constitution par certaines dispositions de l'arrêté royal n° 22, voy. M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 7 et s.

(182) L'exposé des motifs et les commentaires du projet de loi du 20 avril 1976 ayant abouti à loi du 4 août 1978 (Loi de réorientation économique, *M.B.*, 17 août 1978) précisent que « si la faillite entraîne certaines déchéances... elle ne prive pas le failli du droit de reprendre des activités commerciales » (voy. C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 680).

(183) M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.

cassation(184). En réalité, cette nouvelle activité(185) profite davantage à la masse qu'au failli. La masse peut, en effet, espérer que le failli puisse subvenir à ses propres besoins et revienne à meilleure fortune(186). Ce faisant, l'exercice de cette activité préserve le curateur contre le risque d'une demande de secours alimentaire(187). De plus, la partie saisissable des revenus qui proviennent de l'exercice d'une nouvelle activité tombe normalement dans la masse(188)/(189). Ces principes n'incitent guère le failli à se lancer dans l'exercice d'une nouvelle activité.

La réforme supprime les derniers obstacles à l'exercice d'une nouvelle activité par le failli. Grâce à la réforme, le failli pourra désormais compter sur le produit de cette nouvelle activité.

La controverse relative aux droits de la masse, du failli et des créanciers nouveaux sur le produit de l'activité nouvelle n'a également plus lieu d'être. Les biens et revenus seront uniquement affectés au paiement des « frais nécessités par leur acquisition et des charges qui les grèvent »(190) sans que la masse ne puisse faire valoir de prétentions sur l'excédent.

(184) Cass., 3 mars 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 172, concl. PROC. GÉN. LECLERCQ : « Les jugements déclaratifs de faillite n'enlèvent aux faillis que l'administration de leurs biens présents et de ceux qu'ils peuvent acquérir par les moyens appartenant au droit civil proprement dit, mais ne les privent pas de la faculté de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires ou à l'exercice d'une industrie et d'acquérir de cette manière d'autres biens pour pourvoir à leur existence et à celle de leur famille, et se procurer des ressources nouvelles pour se libérer envers leurs créanciers ; qu'il faut donc nécessairement reconnaître aux faillis le droit d'ester en justice pour le recouvrement de ce qui leur est dû de ce chef, et pour l'exécution des obligations contractées envers eux, sauf les mesures à prendre par les syndics s'ils le jugent convenable, pour conserver, dans l'intérêt de la masse créancière, les sommes et les biens que les faillis y auraient acquis de cette manière » (voy. sur cet arrêt : C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 675-679) ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.

(185) Notons que l'activité ne peut toutefois s'exercer qu'au moyen de fonds étrangers à la faillite (P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 680. L'auteur précise que « le plus souvent le failli pourra entreprendre cette exploitation à l'aide de fonds donnés ou prêtés par des parents ou des amis »).

(186) L. FREDERICO, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 191 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 403.

(187) L. FREDERICO, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 191.

(188) A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 402. En pratique, ce principe n'est toutefois pas rigoureusement appliqué (voy. D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale », *R.D.C.*, 2015, p. 581).

(189) Le curateur n'est cependant pas tenu de solliciter le remboursement par le failli de la partie saisissable de sa rémunération s'il ressort de la situation du débiteur que ce dernier pourrait, en vertu de l'article 48 de la loi sur les faillites obtenir un secours alimentaire au moins équivalent (A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 402).

(190) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 260 ; J. CAEY-MAEX, « L'activité nouvelle du failli », note sous C. trav. Liège, 23 juin 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 39 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antvers, Intersentia, 2005, p. 43, n° 39 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.

37. L'incidence de la réforme sur la capacité du failli. L'articulation entre le dessaisissement du failli et la capacité de ce dernier a donné lieu à plusieurs difficultés. L'application de ces principes, d'apparence simple, reste délicate surtout en présence d'un failli personne physique. Comment justifier à l'heure actuelle que le failli soit dessaisi de l'administration de son patrimoine – y compris des biens et revenus à venir –, tout en conservant sa capacité ?

En marge de sa vie commerciale, le failli conserve, en effet, une vie civile. Le failli est amené à satisfaire toute une série de besoins personnels fondamentaux : se loger, boire, se nourrir, se laver, s'habiller, se chauffer... En outre, le failli doit, le cas échéant, pourvoir à l'entretien de sa famille. La conclusion de nombreux contrats est inévitable : achat de denrées alimentaires, location d'un immeuble, conclusion de nouveaux contrats de fourniture d'énergie, recours aux services d'un tiers (coiffeur, plombier, avocat, etc.)... Les exemples ne manquent pas. L'objet de ces conventions dépasse parfois, au sens strict, les nécessités vitales d'un ménage : achat d'un véhicule, d'un gsm, d'une tablette, souscription d'un abonnement dans une salle de sport, souscription d'un abonnement internet, recours aux services d'un jardinier...

Comment appréhender ce phénomène au sujet duquel la doctrine et la jurisprudence restent souvent muettes ? Les règles qui régissent la remise des effets personnels et le secours alimentaire (art. 48 de la loi sur les faillites), les droits personnels au failli et l'insaisissabilité de certains biens et revenus ne suffisent malheureusement pas à englober l'ensemble de ces situations et, plus particulièrement, la question des besoins privés du failli.

L'article XX.110, § 3, dernier alinéa, du CDE apporte un nouvel éclairage : « Le failli gère également les biens et montants visés aux alinéas 2 et 3 et en dispose ».

38. L'incidence de la réforme sur la clôture des faillites. En l'absence de limitation du dessaisissement, la prolongation dans le temps d'une procédure de faillite était souvent avantageuse pour la masse (191). La perception des revenus du failli augmente l'actif de la faillite et, par répercussion, le dividende des créanciers. L'effet pervers du système est connu. L'intérêt de la masse pousse, en effet, le curateur à attendre l'arrivée à échéance de certaines polices d'assurance (192) ou le bénéfice d'une donation ou d'un

(191) Voy. Comm. Liège, division Namur, 22 mai 2017, inédit, R.G. n° A/16/00691.

(192) Voy. sur cette question, F. GEORGE et V. CALLEWAERT, « Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I) », *Bull. Ass.*, 2013, pp. 392-425.

héritage éventuel. Le caractère plus restreint du dessaisissement aura donc, sans aucun doute, un impact sur la clôture des faillites.

39. Les incertitudes créées par le nouvel article XX.110 du CDE. L'ampleur des modifications contraste avec le silence des travaux préparatoires sur la question. Tout au plus peut-on lire que « alors que naguère tous les biens que le failli pouvait acquérir pendant la faillite faisaient partie de la masse, ceci ne vaut plus que pour les biens acquis pour une cause existant avant l'ouverture de la faillite. Ainsi, par exemple, le produit de prestations de travail effectuées après la faillite, ou des héritages recueillis à la suite d'un décès survenu après la faillite ou donations postérieures, ne font pas partie de la masse » (193).

On peut toutefois légitimement s'interroger sur la notion de cause employée par le législateur ? Le critère renvoie-t-il, en matière de créances par exemple, à la naissance ou à l'exigibilité de celles-ci ?

De plus, contrairement à l'article XX.32, § 5, du CDE qui prévoit, en matière de dessaisissement provisoire (194), que le curateur n'est pas tenu d'invoquer l'inopposabilité des actes posés en violation du dessaisissement dans la mesure où la masse a été enrichie, le pouvoir du curateur d'agir en inopposabilité, sur la base de l'article XX.110, § 2, n'est pas délimité. S'agit-il d'une faculté ou d'une obligation ? Le critère de l'intérêt de la masse doit-il guider le choix du curateur ? Où se situe la frontière entre, d'une part, le droit du failli d'exercer de nouvelles activités commerciales et, d'autre part, l'inopposabilité prévue à l'article XX.110 ? La question est délicate (195).

§ 5. Le régime des codébiteurs, sûretés personnelles et cautions

40. Présentation. La section 1 du chapitre 7 du livre XX du CDE est consacrée au sort des codébiteurs, sûretés personnelles et cautions.

(193) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 204.

(194) Actuel art. 8 de la loi du 8 août 1997.

(195) Pour C. Bastjaens, si les nouvelles activités génèrent un solde négatif, « le créancier nouveau se heurte à l'inopposabilité de droit de l'article 444 [nouvel article 16] [...] le patrimoine d'après faillite est au risque des créanciers nouveaux ». L'auteur se demande déjà, avant la réforme de 1997, s'il n'y a pas lieu d'assurer par un texte de loi, en cas de nouvelle activité du failli, la protection des créanciers nouveaux (C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 672-673).

L'article XX.175, § 1^{er}, confirme le principe selon lequel l'effacement ne profite pas aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles (196). La loi nouvelle n'innove pas. L'exception prévue à l'article XX.176 au bénéfice des sûretés personnelles à titre gratuit s'écarte toutefois légèrement du régime actuel.

41. Le sort des sûretés personnelles à titre gratuit. Dans le régime actuel, l'article 24*bis* de la loi sur les faillites suspend les voies d'exécution à charge des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûretés personnelles du failli. Cet article 24*bis* disparaît du paysage juridique. Comme le précise l'exposé des motifs, « le système de la sûreté gratuite est modifié par rapport à la loi antérieure. La personne qui a pris un engagement de sûreté personnelle doit prendre une initiative pour être exemptée provisoirement de poursuites. Elle doit adresser une requête au tribunal. Elle peut le faire à tout moment au cours de la procédure de faillite » (197).

L'article XX.176 dit du CDE que :

« Après l'ouverture de la procédure, la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle du failli à titre gratuit peut introduire une requête devant le tribunal de l'insolvabilité en vue d'être déchargée en tout ou partie de son obligation si à l'ouverture de la procédure ladite obligation est manifestement disproportionnée à ses facultés de remboursement, cette faculté devant s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus.

Le demandeur mentionne dans sa requête :

- son identité, sa profession et son domicile ;
- l'identité et le domicile du titulaire de la créance dont le paiement est garanti par la sûreté ;
- la déclaration selon laquelle, à l'ouverture de la procédure, son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine ;
- la copie de sa dernière déclaration à l'impôt des personnes physiques et du dernier avertissement-extrait de rôle à l'impôt des personnes physiques ;
- le relevé de l'ensemble des éléments actifs et passifs qui composent son patrimoine ;

(196) Le principe reste toutefois curieux dès lors que l'effacement d'une dette laisse subsister ses accessoires (voy. *supra*, n° 26).

(197) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 99.

- les pièces qui étayent l'engagement portant la sûreté à titre gratuit et son importance ;
- toute autre pièce de nature à établir avec précision l'état de ses ressources et les charges qui sont siennes ».

La requête est jointe au dossier de la faillite.

Les parties sont convoquées par le greffier, par pli judiciaire, à comparaître à l'audience fixée par le juge. La convocation mentionne que la requête et les documents complémentaires peuvent être consultés dans le dossier de la faillite.

Le dépôt de la requête suspend les voies d'exécution (198).

Le jugement ordonnant la libération du demandeur est publié par extrait au *Moniteur belge*.

Lorsque la sûreté personnelle n'est pas totalement déchargée de son obligation par le tribunal, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens.

De plus, alors que la sûreté personnelle était tenue de déposer une déclaration au greffe du tribunal de commerce conforme aux articles 72*bis* et 72*ter* de la loi sur les faillites, elle doit dorénavant introduire une requête devant le tribunal (199). Les pièces justificatives à annexer à sa requête sont identiques à celles mentionnées à l'article 72*ter* de la loi sur les faillites. L'obligation de déposer « les pièces qui étayent l'engagement portant la sûreté à titre gratuit et son importance » est toutefois ajoutée.

Le sort de la sûreté personnelle à titre gratuit en cas de faillite ou de transfert sous autorité de justice est harmonisé. L'effacement profite à – ou, en cas de faillite, permet la décharge de – la personne physique sûreté personnelle à titre gratuit dans chacune des procédures respectives (200).

42. L'obligation du créancier de déclarer les sûretés personnelles dont ils bénéficient. L'article XX.156 du CDE reproduit l'obligation prévue

(198) Nous surlignons.

(199) À l'heure actuelle, l'affaire n'est pas fixée au moment de la déclaration, mais uniquement lorsque la sûreté personnelle ou le créancier en font la demande dans le respect de l'article 80 de la loi sur les faillites ou, à défaut, à la clôture de la faillite. Désormais, l'affaire devra, semble-t-il, être fixée dès que la sûreté personnelle dépose sa requête, quel que soit le délai écoulé. Le droit du créancier de faire fixer l'affaire a également disparu dans le nouveau régime.

(200) Voy. art. XX.96, § 4, (et XX.54, § 3) du CDE pour le transfert sous autorité de justice et XX.176 du CDE pour la faillite.

à l'article 63, alinéa 2 de la loi sur les faillites. Le délai de six mois prévu à l'article 63, alinéa 2, est toutefois ramené à trois mois (201).

Le non-respect de cette obligation est toujours sévèrement sanctionné. À défaut pour le créancier de mentionner l'existence d'une sûreté personnelle à titre gratuit dans le délai prescrit, cette dernière est déchargée.

43. Le maintien de la protection offerte par les articles 2043bis à 2043octies du Code civil. L'article XX.175 du CDE confirme le maintien de la protection offerte par les articles 2043bis et suivants du Code civil.

La loi du 3 juin 2007 (202) a en effet instauré un formalisme protecteur de la partie faible au contrat de cautionnement, à savoir la caution à titre gratuit (203). Les dispositions des articles 2043bis à 2043octies insérées dans le Code civil viennent, en effet, au secours de cette dernière dans les limites du champ d'application de la loi. L'article 2043quinquies exige, pour que le contrat soit valablement formé, le respect de conditions de fond et de forme. Le contrat de cautionnement à titre gratuit est ainsi transformé en un contrat solennel. Cet article 2043quinquies porte que :

« § 1^{er}. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement au sens du présent chapitre doit faire l'objet d'un contrat écrit distinct du contrat principal.

§ 2. La durée de l'obligation principale doit être indiquée dans l'acte de cautionnement, et en cas de cautionnement d'une obligation principale conclue à durée indéterminée, le contrat de cautionnement ne peut être d'une durée supérieure à cinq ans.

§ 3. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement doit au moins comporter les mentions suivantes, écrites de la main de la caution : « en me portant caution de ... dans la limite de la somme de ... [en chiffres] couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de ..., je m'engage à rembourser au créancier de ... les sommes dues sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où, ... n'y satisfait pas lui-même [...] ».

L'article 2043sexies a, quant à lui, vocation à limiter l'étendue de l'engagement de la caution. Une condition de fond relative à la validité du contrat est prévue en ces termes :

(201) Notez qu'il existait une distorsion dans le projet de loi entre le délai repris à la page 93 (6 mois) et celui mentionné à la page 405 (3 mois) (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001).

(202) Loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit, *M.B.*, 27 juin 2007.

(203) Voy. L. DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles. La loi relative au cautionnement à titre gratuit », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 207-215 ; S. PARMENTIER, « Le cautionnement à titre gratuit », in X., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 150-156.

« § 1^{er}. Sous peine de nullité, lorsque la caution au sens de l'article 2043bis garantit une dette déterminée, l'étendue du cautionnement se limite à la somme indiquée au contrat, augmentée des intérêts au taux légal ou conventionnel sans toutefois que ces intérêts ne soient supérieurs à 50 % du montant principal.

§ 2. Sous peine de nullité, il ne peut être conclu de contrat de cautionnement dont le montant est manifestement disproportionné aux facultés de remboursement de la caution, cette faculté devant s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus ».

La nullité du contrat devra être sollicitée devant les cours et tribunaux. Ces derniers pourront frapper de nullité les contrats de cautionnement à titre gratuit conclus en violation des articles 2043quinquies et sexies du Code civil (204).

Le maintien en parallèle de la décharge des sûretés personnelles à titre gratuit d'un côté et de la nullité du contrat de cautionnement à titre gratuit qui ne répond pas aux conditions fixées par le Code civil de l'autre n'a pas laissé la doctrine indifférente. De nombreux auteurs critiquent les distorsions qui résultent de cette double protection dont les champs et les conditions d'application diffèrent sans raison particulière (205).

§ 6. La responsabilité des administrateurs

44. Présentation. La réforme du droit de l'insolvabilité (206) a, entre autres, pour objectif d'« instaurer un corps de règles cohérent en matière de responsabilité des administrateurs » (207). Les articles XX.224 et suivants du Code de droit économique accueillent désormais la matière de la responsa-

(204) La doctrine ne se prononce pas sur la nature de cette nullité (L. DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles ? La loi relative au cautionnement à titre gratuit », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 207-215 ; P. HEYMANS, « Cautionnement à titre gratuit et crédit hypothécaire », *R.C.D.I.*, 2008, pp. 7-9). Les travaux préparatoires font toutefois référence à une nullité absolue en cas de non-respect de l'article 2043quinquies (Projet de loi relatif au cautionnement à titre gratuit, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n° 51-2730/001, p. 13. Voy. tout de même en faveur d'une nullité relative, A. CUYPERS, « De kosteloze borgtocht: één belangloos concept », *D.B.F.*, 2007/3, pp. 168 et s.

(205) A. CUYPERS, « De kosteloze borgtocht: één belangloos concept », *D.B.F.*, 2007/3, pp. 176-177 ; L. DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 207-215 ; S. PARMENTIER, « La cautionnement à titre gratuit ou l'institution d'une protection inefficace », in P. WÉRY (dir.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 154 et pp. 186-190.

(206) Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

(207) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

bilité des dirigeants qui figurait dans le Code des sociétés. L'intégration n'est toutefois que partielle (208). Seule l'action en comblement de passif qui demeure spécifique à la faillite est insérée à la suite du corpus de règles dédiées à la faillite. Nous reviendrons sur le régime actuel et les controverses qui l'émaillent (a) avant d'aborder les modifications de la réforme (b).

a) Le régime actuel

45. Le cas spécifique de l'action en comblement de passif. L'action en comblement de passif constitue un cas de responsabilité très spécifique dans le paysage de la faillite (209). La loi du 4 septembre 2002 (210) est venue compléter les articles 265, 409 et 530 (211) du Code des sociétés en ouvrant aux créanciers – aux côtés du curateur – le bénéfice d'une action individuelle à l'encontre des dirigeants de sociétés (SA, SPRL, SCRL) de droit ou de fait dont la faute grave et caractérisée a contribué à la faillite (212). Une présomption irréfragable de fraude fiscale grave et organisée est également établie par le législateur (213).

(208) Voy. également sur ces questions, C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 123-181.

(209) Voy. sur cette action, P. COLLE, « Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn. W. », *R.D.C.*, 1985, pp. 163-182 ; G. HERMANS et T. DELWICHE, F. HELSEN, « Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit », in *Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, pp. II.G.20-81 et s. Voy. pour des illustrations, P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat », *D.A.O.R.*, 2005, p. 18.

(210) Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

(211) L'article 530, § 1^{er}, dispose qu'« en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif. L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.

Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 4, 23^o, de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces ».

(212) Voy. pour des illustrations, J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 663 et s. ; Liège, 21 février 2008, *R.P.S.*, 2009, p. 331, note.

(213) P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat », *D.A.O.R.*, 2005, p. 19.

Ces articles du Code ont ensuite été modifiés par la loi du 20 juillet 2006 (214)/(215). En cas de faute grave à la base de la faillite, l'ONSS et le curateur peuvent engager personnellement et solidairement la responsabilité des administrateurs pour partie ou totalité des cotisations sociales (216). La même possibilité est offerte si, au cours des cinq années précédant le prononcé de la faillite, la personne morale a compté, parmi ses dirigeants, des personnes ayant été impliquées dans au moins deux faillites ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales (217).

46. Les conditions de la responsabilité. L'action en comblement de passif exige de démontrer l'existence d'une faute grave et caractérisée. Ainsi, la faute des administrateurs est, d'une part, « une faute caractérisée, ce qui signifie une faute que toute personne raisonnable considèrera nécessairement comme fautive », et, d'autre part, « une faute grave, laquelle est étroitement liée à l'intention et au dol, à tout le moins fondée sur une perception déraisonnable » (218). Cette faute devra, en outre,

(214) Il est prévu au § 2 que « sans préjudice du § 1^{er}, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait visés au § 1^{er} comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54ter de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou si, au cours de la période de cinq ans qui précède la prononcé de la faillite, les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3octies, 8^o, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs visée à l'alinéa 1^{er} devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

Est considérée comme faute grave, toute forme de fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 4, 23^o, de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de Sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave ».

(215) Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006 (art. 56). Voy. également les modifications apportées par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006 (art. 88).

(216) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 662. Voy. également, G. HERMANS, T. DELWICHE et F. HELSEN, « Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit », in *Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, pp. II.G.20-111 et s. ; J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, « Les responsabilités en droit de l'insolvabilité », in *Les responsabilités en matière commerciale*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 125 et s. ; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 281 et s.

(217) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 662.

(218) Gand, 21 décembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 739 (traduction proposée par la revue). Voy. également sur la notion de faute grave et caractérisée, I. VERUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 787.

avoir contribué à la faillite sans toutefois en être nécessairement la cause unique, ni immédiate (219). Ce lien causal entre la faute et la faillite doit être certain (220). Il n'y aura néanmoins pas lieu pour le demandeur de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif (221)/(222). Il s'agit d'une présomption qui vaut pour l'ensemble de l'insuffisance d'actif (223). Le juge a toutefois la possibilité de tempérer la condamnation du dirigeant (224).

47. Le droit d'action du curateur et des créanciers individuels.

Initialement, l'action en comblement de passif était uniquement ouverte au curateur qui exerce alors, selon d'aucuns, les droits communs des créanciers (225)/(226).

Depuis la loi du 4 septembre 2002 (227), un pouvoir d'initiative et de poursuite est conféré aux créanciers pour leur part de préjudice dans le préjudice collectif. Les créanciers sont alors tenus d'informer le curateur de leur initiative (228).

(219) I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 789. Voy. également, C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 126.

(220) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 665.

(221) J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 263 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 665 ; C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator », *NjW*, n° 284, 2013, p. 485.

(222) Notons que si le demandeur est un créancier, il devra établir son préjudice sans toutefois être tenu de rapporter la preuve du lien entre la faute et son préjudice (I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 789). L'existence d'un préjudice propre est considérée comme une condition de fond pour le créancier (Bruxelles, 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 183).

(223) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 661 ; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 789. Cette dérogation au principe de la réparation intégrale du préjudice fut également soulignée en France (Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 375).

(224) I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 789.

(225) Comm. Bruxelles, 22 octobre 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 574 ; Comm. Bruxelles, 14 février 1983, *R.D.C.*, 1983, p. 602 ; Comm. Bruxelles, 17 mai 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 554.

(226) J. RONSE, « La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif », *R.P.S.*, 1979, p. 295 ; F. T'KINT, « La responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes et de sociétés de personnes à responsabilité limitée », *R.R.D.*, 1980, p. 115. C. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, p. 778. Voy. *contra* P. COLLE, « Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn. W. », *R.D.C.*, 1985, pp. 177-178.

(227) Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

(228) Voy. les articles 265 (SPRL), 409 (SRL) et 530 (SA) du Code des sociétés. Pour une analyse développée de cette obligation d'information, voy. J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 282 et s.

Ce droit d'action est singulier voire illogique (229). I. Verougstraete y voit un « imbroglio créé par le législateur avec désinvolture » (230) qui rompt avec le principe de la suspension des poursuites individuelles et rend complexe le système de répartition des actifs (231).

L'idée sous-jacente de cette réforme est, comme l'a expliqué A. Zenner lors des discussions parlementaires, de faire revivre des dispositions restées lettre morte pendant des années (232). Pour le législateur, le fait de confier un monopole au curateur semble en effet constituer un frein au déploiement de ces actions (233). Outre la durée d'une telle procédure et les implications sur la clôture des faillites, les curateurs ne seraient pas enclins, à défaut de moyens, à engager un tel recours (234).

En se fondant notamment sur les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch (235), certains auteurs déduisent de l'arrêt du 10 décembre 2008 de la Cour de cassation (236) le caractère subsidiaire de l'action des créanciers par rapport à celle des curateurs (237)/(238). Cette position est toutefois fermement critiquée par W. Derijcke et C. Berckmans dès lors que cette interprétation contrevient au texte même de la loi (239). Une priorité au curateur est pourtant souvent octroyée dans les faits par les cours et tribunaux (240).

(229) I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 790.

(230) *Ibid.*, p. 792.

(231) *Ibid.*, p. 792.

(232) Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M^{me} A. BARZIN, *Doc. parl. Ch. repr.*, 2000-2001, n° 50-1132/013, pp. 129 et s.

(233) B. DOCKOIR et E. HUPIN, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques », *R.P.S.*, 2003, p. 370.

(234) Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M^{me} A. BARZIN, *Doc. parl. Ch. repr.*, 2000-2001, n° 50-1132/013, p. 130. Voy. F. PARREIN, « De allerindividueelste vordering van de allerindividueelste schade – het persoonlijk vorderingsrecht bij kennelijk grove fout aan banden gelegd », note sous Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, p. 49.

(235) Concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH, préc. Cass., 10 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2910, *T.R.V.*, 2012, pp. 45-47.

(236) Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, p. 45, note F. PARREIN.

(237) J. VANANROYE, « Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting », *R.W.*, 2011-2012, p. 373 ; F. PARREIN, « De allerindividueelste vordering van de allerindividueelste schade – het persoonlijk vorderingsrecht bij kennelijk grove fout aan banden gelegd », note sous Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, pp. 50 et s.

(238) Voy. sur cette question, C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator », *NjW*, n° 284, 2013, pp. 484 et s.

(239) W. DERIJCKE, « L'action en comblement de passif : quand l'hypothèse masque la brachylogie », obs. sous Gand, 14 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012, pp. 113-118 ; C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator », *NjW*, n° 284, 2013, p. 484.

(240) C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator », *NjW*, n° 284, 2013, p. 484.

48. La répartition des montants. Lorsque l'action est diligentée par un créancier individuel, le montant alloué par le tribunal se limite au préjudice subi par ce dernier (241). Il ne doit pas être reversé au curateur.

Le montant des condamnations obtenu par le curateur sera, quant à lui, réparti par ce dernier selon l'ordre des privilèges, et, à défaut de privilèges, au marc le franc conformément aux règles inscrites dans la loi hypothécaire (242).

49. Les difficultés soulevées par cette action en comblement de passif (243). Bien que l'objectif fût louable, l'ouverture de l'action en comblement de passif aux créanciers ne fut pas sans créer de nouvelles difficultés (244). Parmi celles-ci, on peut épingler tous les problèmes d'articulation entre les deux régimes tels que l'introduction conjointe d'actions contre un administrateur et contre un tiers (245), le partage des montants octroyés (246), l'incidence d'une transaction (247)... S'y ajoutent les solutions contrastées qu'implique chacun des régimes notamment au niveau de l'affectation des montants alloués et du respect de l'égalité des créanciers. Les conséquences de l'inertie du curateur, en dépit de l'initiative prise par un ou plusieurs créancier(s) individuel(s), sur sa responsabilité ne sont également pas négligeables (248).

50. Les dérogations aux principes de droit commun. Les règles de l'action en comblement de passif dérogent clairement au droit commun de la responsabilité et aux principes directeurs du droit de la faillite (249).

(241) Art. 265, 409 et 530 du Code des sociétés.

(242) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 792.

(243) Voy. sur ces difficultés et les tentatives de solutions, J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 277 et s.

(244) Voy. B. DOQUIR et E. HUPIN, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques », *R.P.S.*, 2003, pp. 376 et s.

(245) Voy. sur ces questions, J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 284 et s. ; F. PARREIN, « De allerindividueelste vordering van de allerindividueelste schade – het persoonlijk vorderingsrecht bij kennelijk grove fout aan banden gelegd », note sous Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, pp. 47-52.

(246) C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator », *Njw*, n° 284, 2013, p. 484.

(247) Voy. J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 294 et s. Voy. également, Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, p. 45, note F. PARREIN avec les concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

(248) B. DOQUIR et E. HUPIN, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques », *R.P.S.*, 2003, p. 377.

(249) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 784 et p. 792.

Tout d'abord, le principe de l'égalité des créanciers de même que la suspension des poursuites individuelles sont clairement violés.

Ensuite, il est encore dérogé à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de recevabilité des actions intentées par le curateur et les créanciers individuels (250). La ligne de partage dégagée par la Cour de cassation (251) entre les actions ouvertes au curateur et celles ouvertes aux créanciers est en effet méconnue.

b) La réforme du droit de l'insolvabilité

51. Les dispositions légales et champ d'application nouveaux.

L'action en comblement de passif migre dans le titre VIII (252) du livre XX du CDE. Les personnes physiques et les petites entreprises sont exemptées de ce régime de responsabilité (253). Le critère adopté diffère donc de celui du Code des sociétés (254).

Les créanciers conservent exceptionnellement un droit concurrent à celui du curateur. Les paragraphes 3 et 4 de l'article XX.225 règlent l'articulation de ces actions vu les nombreuses incertitudes que suscite le régime actuel.

Article XX.225, § 3 : « L'action visée au paragraphe 1^{er} peut être introduite tant par les curateurs que par tout créancier lésé. Un créancier lésé ne peut introduire l'action que si le curateur ne l'introduit pas lui-même dans un délai d'un mois après avoir été sommé de le faire par le créancier lésé. Le curateur

(250) J. VANANROYE, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, H. COUSY, M. VANMEENEN et B. TILLEMANS (eds), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 265.

(251) Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, I, pp. 639-653, concl. DECLERCQ ; Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 20, note T. BOSLY, *Pas.*, 1997, I, p. 1355 ; Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1349, *T.R.V.*, 2000, p. 457, note J. VANANROYE ; Cass., 2 octobre 2014, R.G. n° C13.0288.F, *J.L.M.B.*, 2015, p. 408, *D.A.O.R.*, 2015, p. 97 ; Cass., 24 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 902, concl. av. gén. G. DUBRILLE ; Cass., 29 octobre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 554, note J. VANANROYE ; Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160, note BTS ; Cass., 28 mars 2014, *T.R.V.*, 2014, p. 788, note G. LINDEMANS.

(252) Notons que la loi comporte deux fois le titre VII. En réalité, le titre intitulé « Actions en responsabilité » doit être considéré comme le titre VIII.

(253) Art. XX.224 CDE. Est exclue, conformément au § 2 de l'article XX.224, l'entreprise en faillite qui a réalisé « au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370 000 euros ou lorsqu'il s'agit d'une ASBL, AISBL ou fondation qui tient une comptabilité simplifiée conformément aux articles 17, 37 et 53 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes ».

(254) Dans le régime actuel, l'action en comblement de passif est prévue uniquement pour les SPRL (265 C. soc.), SCRL (409 C. soc.) et SA (530 C. soc.).

peut intervenir à la cause introduite par le créancier. Dans ce cas, l'action sera poursuivie par le curateur en tant que successeur en droit du créancier ».

Article XX.225, § 4 : « Le créancier sera indemnisé de ses frais et dépens si le curateur intervient. Le créancier a également droit à être indemnisé de ses frais et dépens quand le curateur n'est pas intervenu à la cause et que l'action a été bénéficiaire pour la masse ».

L'ONSS et le fisc bénéficient (encore et) toujours(255) d'un régime favorable. Seul le régime de responsabilité des dirigeants pour non-paiement des dettes sociales est repris à l'article XX.226 du Code de droit économique(256)/(257). L'action en responsabilité ouverte au fisc en cas de non-paiement des dettes fiscales ne figure pas, contrairement au projet initial(258), dans le livre XX(259).

52. Les autres nouveautés. Le mode de répartition du montant de la condamnation est sensiblement modifié(260). Deux hypothèses sont distinguées. Soit l'indemnisation est accordée suite à une aggravation du passif et il y a lieu de répartir le produit de la condamnation au marc le franc afin de respecter le principe de l'égalité des créanciers(261). Soit l'indemnisation vise une diminution ou une disparition d'actifs(262), auquel cas la répartition sera tributaire du rang de chacun des créanciers. La règle est jus-

(255) Voy. pour l'insertion du régime actuel, Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006 (art. 56). Voy. également les modifications apportées par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006 (art. 88).

(256) Voy. aussi C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 133.

(257) Voy. sur les modifications apportées par rapport au régime actuel, C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 137. L'auteur souligne notamment que « l'article XX.226 ne reprend qu'un des deux fondements de responsabilité contenus dans les actuels articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés. La nouvelle disposition ne prévoit plus la possibilité pour l'O.N.S.S. d'établir qu'une faute grave et qui serait à la base de la faillite a été commise pour retenir la responsabilité des dirigeants, celle-ci étant prévue dans le fondement général de l'article XX.225 ».

(258) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 238.

(259) Voy. les articles 442^{quater} du CIR et 93^{undecies} C du Code de la TVA. Ces actions seront de la compétence du tribunal de l'insolvabilité (art. 54 et 55 de la loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017). Voy. aussi C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 138-140.

(260) Art. XX.225, § 5, CDE.

(261) Cette dérogation au système des privilèges et hypothèques est notamment critiquée par C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 132.

(262) Les travaux préparatoires renvoient sur ces termes à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2002.

tifiée par le fait que, dans la seconde hypothèse, « les droits des créanciers privilégiés sont très affectés par de tels actes, qui affectent leur garantie. La demande d'indemnisation remplace les biens et ne peut donc pas être prélevée des droits de sûretés qui reposent sur les actifs concernés »(263). Ces répartitions s'effectueront déduction faite des frais de la masse.

Par ailleurs, l'article XX.227 du Code réserve au monopole du curateur l'action en responsabilité diligentée contre les dirigeants ayant poursuivi l'exploitation d'une activité dont la situation était irrémédiablement compromise. L'objectif est d'éviter que cette action qui « exige une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise »(264) ne soit ouverte à tout intéressé. La réforme consacre ainsi la solution admise en jurisprudence(265).

L'article XX.227 est rédigé en ces termes :

« § 1^{er}. En cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance d'actif, les administrateurs, gérants, délégués à la gestion journalière, membres du comité de direction ou du conseil de surveillance, actuels ou anciens, et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de diriger l'entreprise, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à l'égard de la masse, si :

- a) à un moment donné antérieur à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite ;
- b) la personne concernée avait à ce moment l'une des qualités visées ci-dessus ; et
- c) la personne concernée n'a pas, au moment visé sous a), agi comme l'aurait fait un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

§ 2. L'action visée par cet article relève de la compétence exclusive du curateur.

§ 3. L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une diminution ou d'une absence d'actif est répartie proportionnellement entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférences.

(263) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103.

(264) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 105.

(265) Voy. sur les nuances apportées par rapport au régime actuel, C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 144-145. L'auteur met en exergue les modifications suivantes : l'allègement de la charge de la preuve du lien de causalité dans le chef du curateur, le monopole du curateur ainsi que la distinction entre la réparation d'une diminution de l'actif et celle d'une aggravation du passif.

L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une aggravation du passif est répartie proportionnellement entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférences.

Toute répartition s'effectue déduction faite des frais de la masse ».

53. Le maintien des dispositions actuelles. En marge des dispositions relatives aux actions en responsabilité réunies au sein du titre VIII (266), on retrouve l'article XX.191 du CDE. Ce dernier renferme une précision qui n'est pas dénuée d'intérêt pour le secteur bancaire. Il est expressément fait état de ce que « la faillite d'une personne physique ou d'une personne morale ne peut constituer à elle seule le fondement d'une action en responsabilité dirigée contre un donneur du crédit ou un investisseur qui a donné du crédit pour ou a investi dans une nouvelle activité déployée par le failli ou par un administrateur, gérant ou dirigeant de la personne morale faillie, quelle que soit la forme sous laquelle cette nouvelle activité est exercée » (267).

§ 7. L'adaptation aux normes européennes

54. Intégration des réglementations européennes et internationales. Le législateur tire parti de la réforme pour « moderniser le droit de l'insolvabilité et l'adapter aux normes européennes » (268). Le règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité appelait, en effet, des mesures d'exécution adéquates (269)/(270). Ce règlement dépasse toutefois largement le cadre de notre contribution. Nous nous bornerons à en dégager

(266) Notons que la loi comporte deux fois le titre VII. En réalité, le titre intitulé « Actions en responsabilité » doit être considéré comme le titre VIII.

(267) Le nouvel article XX.191 reproduit l'article 98bis de la loi sur les faillites introduit par l'article 76 de la loi du 28 avril 2010 portant des dispositions diverses (M.B., 10 mai 2010).

(268) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 4.

(269) *Ibid.*, p. 6. Comme le souligne I. Verougstraete, « le règlement ayant un effet direct, le législateur belge doit, d'une part, éviter l'écueil de reproduire simplement les dispositions du règlement, d'autre part, s'assurer que celui-ci sera effectivement opérationnel » (I. VERUGSTRAETE, « Conclusions », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 2, *Droit belge et droits étrangers*, Limal, Anthemis, 2017, p. 311).

(270) Voy. pour une énumération des mesures d'exécution, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 9 et s.

les traits fondamentaux et renverrons le lecteur aux ouvrages parus sur la question pour davantage de précisions (271).

55. Aperçu des modifications apportées par le règlement (UE) n° 2015/848 (272). L'objectif du règlement est « d'assurer que les procédures transfrontalières au sein de l'Union européenne fonctionnent effectivement et efficacement » (273). Le règlement (UE) n° 2015/848 élargit tout d'abord le champ d'application matériel (274) délimité précédemment par le règlement (CE) n° 1346/2000 (275). Les procédures visées par le règlement ne se limitent plus aux seules procédures judiciaires ayant pour objectif la liquidation des biens (276).

Celui-ci s'applique « aux procédures collectives publiques, y compris les procédures provisoires, qui sont fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité et au cours desquelles, aux fins d'un redressement, de l'ajustement des dettes, d'une réorganisation ou d'une liquidation :

a) un débiteur est totalement ou partiellement dessaisi de ses actifs et un praticien de l'insolvabilité est désigné ;

b) les actifs et les affaires d'un débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'une juridiction ; ou

c) une suspension provisoire des poursuites individuelles est accordée par une juridiction ou de plein droit pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, pour autant que la procédure pour laquelle la suspension est accordée prévoit des mesures adéquates pour protéger la masse des créanciers et, si aucun accord n'est dégagé, qu'elle soit préalable à l'une des procédures visées au point a) ou b) [...] » (277).

(271) Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017 ; Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 2, *Droit belge et droits étrangers*, Limal, Anthemis, 2017.

(272) Règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015. Voy. sur le processus d'adoption du règlement, V. MARQUETTE, « État du processus d'adoption et présentation des modifications », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 11-47.

(273) I. VERUGSTRAETE, « Conclusions », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 2, *Droit belge et droits étrangers*, Limal, Anthemis, 2017, p. 309.

(274) Voy. sur cet élargissement, V. MARQUETTE, « État du processus d'adoption et présentation des modifications », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, p. 16 ; J.-L. VALLENS, « Évaluation du nouvel article 1 », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 51-58.

(275) Règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.*, 30 juin 2000.

(276) J.-L. VALLENS, « Évaluation du nouvel article 1 », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, p. 52.

(277) Art. 1^{er} du règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015. Voy. aussi J.-L. VALLENS, « Évaluation du nouvel article 1 », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, p. 55 et

Le champ d'application territorial et la compétence du juge sont aussi précisés(278). L'objectif est de clarifier la notion de COMI(279) (centre des intérêts principaux)(280) et de diminuer le *forum shopping*(281). Les relations entre procédures principales et secondaires sont réaménagées(282). Une meilleure coordination des procédures est recherchée(283). La coopération des praticiens de l'insolvabilité est par ailleurs renforcée et mise en exergue(284). L'attention du règlement se porte également sur les droits des créanciers. La mise en place d'un registre et la simplification de la procédure de déclaration de créance améliorent le statut de ces derniers(285). Enfin, la notion de groupe de sociétés fait désormais partie intégrante du règlement(286).

56. L'impact du règlement sur le livre XX du CDE. Lors de son discours prononcé à l'occasion du 4^e Congrès de l'IIC, le ministre de la Justice Koen Geens déclarait expressément : « Après l'adoption du nouveau règlement européen sur les cas d'insolvabilité transfrontaliers, le moment de s'attaquer au renouvellement de notre législation belge est arrivé. Cela nous permettra d'intégrer les situations transfrontalières dans notre

Y. BRULARD, « Quelles procédures nationales ? », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 59-89.

(278) V. MARQUETTE, « État du processus d'adoption et présentation des modifications », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, p. 27.

(279) Ce critère est double. Il détermine, d'une part, le champ d'application territorial du règlement et, d'autre part la juridiction compétente pour ouvrir la procédure (critère de rattachement) (L.-C. HENRY, « Une clarification du COMI », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 97-98.

(280) Voy. L.-C. HENRY, « Une clarification du COMI », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 97-120.

(281) Voy. V. MARQUETTE, « État du processus d'adoption et présentation des modifications », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 29 et s.

(282) P. WATHELET, « Du nouveau pour les procédures secondaires », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 239-273.

(283) V. MARQUETTE, « État du processus d'adoption et présentation des modifications », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 39 et s.

(284) Voy. M. MENJUCQ, « Évolution du mécanisme de la coopération », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 279-287.

(285) Y. BRULARD et V. RUELLE, « Quels nouveaux droits pour les créanciers », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 321-335.

(286) Y. BRULARD, « Coordination et coopération intragroupe », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 349-409.

législation interne »(287). Son vœu est exaucé. Les nouvelles règles de l'insolvabilité transnationales sont rassemblées dans le titre VII du livre XX du CDE intitulé « insolvabilité transfrontalière ». Le chapitre 1^{er} traite de l'insolvabilité européenne tandis que le second est consacré aux autres procédures d'insolvabilité à dimension internationale.

57. Les nouveautés du CDE qui s'inspirent du règlement : l'article XX.12 du CDE. La notion de « centre des intérêts principaux » fait sa grande entrée à l'article XX.12 du CDE en tant que critère de compétence territoriale(288). Il remplace le critère du siège social(289).

58. Les nouveautés du CDE qui s'inspirent du règlement : les articles XX.202 à XX.209 du CDE. Les articles XX.202 à XX.209 du CDE ont pour objectif d'« optimiser l'application du Règlement en Belgique ». Bien que des principes soient souvent établis dans le règlement, il importe de les préciser à l'échelon national(290).

Les articles XX.202 et XX.209 du CDE traitent respectivement de la publication au *Moniteur belge* de la procédure d'insolvabilité étrangère, de l'appréciation de l'état de faillite, des formalités particulières pour l'engagement unilatéral par le curateur d'une procédure principale étrangère, de la notification en cas de demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire, de l'obligation pour le curateur étranger de se faire représenter en Belgique par un avocat, de la collaboration entre le tribunal belge et le tribunal étranger, de la collaboration entre le tribunal belge et le curateur étranger et des modalités concrètes de la collaboration entre le curateur/tribunal étranger et le tribunal belge(291).

(287) K. GEENS, Discours prononcé le 5 février 2015 à l'occasion du 4^e Congrès de l'IIC à Bruxelles, publié dans l'ouvrage suivant : Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 1, *Le règlement européen du 20 mai 2015*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 413-415.

(288) Voy. art. XX.12, § 1^{er}, CDE : « Le tribunal de l'insolvabilité seul compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité est celui dans le ressort duquel se situe le centre des intérêts principaux du débiteur au jour où le tribunal est saisi.

Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège social. Cette présomption ne s'applique que si le siège social n'a pas été transféré dans un autre ressort au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité [...] ».

(289) Art. 631 du Code judiciaire modifié par l'article 115 de la loi du 8 août 1997.

(290) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 8. Les travaux mentionnent comme exemple la collaboration entre les tribunaux.

(291) Liste reproduite des travaux préparatoires (projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 9).

59. Les nouveautés du CDE qui s'inspirent du règlement : les modifications du Code de DIP (292) et son articulation avec le Code de droit économique. Lorsque le règlement insolvabilité ne s'applique pas, à savoir lorsque le centre des intérêts principaux [COMI] du débiteur se situe en dehors de l'UE (293), les articles XX.210 à XX.223 trouveront à s'appliquer. Le sort de ces procédures d'insolvabilité transnationales est réglé dans la réforme en adéquation avec le Code de DIP (294). Les dispositions spécifiques du DIP (art. 117, 118, 119 et 121 du Code de DIP) ne déménagent pas pour autant dans le CDE.

Les travaux préparatoires justifient ce choix en ces termes :

« Les dispositions spécifiques du DIP (articles 117, 118, 119 et 121 du Code de DIP) sont maintenues dans le Code afin de préserver la cohérence du DIP belge.

Le chapitre XI du Code de DIP contient un certain nombre de dispositions qui sont applicables directement aux insolvabilités transfrontalières (articles 116-121).

Ces dispositions restent dans le Code de DIP et ne déménagent pas dans le Code de droit économique à l'exception de l'article 120. Les articles 116-121 s'appliquent en effet également aux procédures de règlement collectif de dettes. Ces procédures ne relèveront pas du Livre XX du CDE. Si les dispositions relatives aux insolvabilités transfrontalières sont extraites du Code DIP pour être incorporées dans le CDE, il faudra néanmoins maintenir dans le Code de DIP un certain nombre de dispositions relatives aux aspects transfrontaliers de règlement collectif de dettes. Ces dispositions ne seront pas substantiellement différentes des règles qui devraient être intégrées dans le CDE ».

Dans un objectif d'uniformité, le législateur entend aligner, tant que faire se peut (295), les articles XX.210 et suivants du CDE sur les règles prévues pour les procédures d'insolvabilité européennes (296).

(292) Voy. pour les modifications du Code de droit international privé, les articles 61 et suivants de la loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

(293) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 7.

(294) Voy. les actuels articles 116 à 121 du Code de DIP (Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004). Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 6.

(295) Voy. pour les solutions dérogatoires au règlement, le projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 10.

(296) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 9.

60. Les autres nouveautés du CDE qui s'inspirent du règlement. Parmi les autres changements qui s'inscrivent dans l'esprit du règlement, I. Verougstraete cite encore le passage de la procédure d'insolvabilité à l'ère électronique (*supra*, n°s 13 et s.), la promotion des solutions contractuelles de l'insolvabilité, le dialogue entre les juridictions, l'extension du champ d'application du livre XX à toutes les entités économiques (*supra*, n°s 9 et s.), le renforcement du *fresh start* (*supra*, n°s 18 et s.)... (297)

SECTION 2.

LES MODIFICATIONS ÉPARSES OPÉRÉES PAR LE LÉGISLATEUR

61. Plan. Parallèlement aux grands piliers de la réforme du droit de l'insolvabilité étudiés dans le chapitre précédent, les auteurs du projet de réforme ont entendu ancrer dans un texte certains principes dégagés par la Cour de cassation (§ 1). Plusieurs dispositions s'écarteront toutefois, au final, de la jurisprudence constante de la Cour (§ 2). D'autres nouveautés plus ciblées font, par ailleurs, leur apparition (§ 3).

§ 1. Les consécutions légales des solutions dégagées par la Cour de cassation

a) L'article 46 de la loi sur les faillites et le droit de résiliation du curateur

62. Contextualisation. La portée de l'article 46 de la loi sur les faillites a, dès son apparition, divisé la doctrine. Cet article dispose que :

« Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

(297) I. VERUGSTRAETE, « Conclusions », in Y. BRULARD (coord.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 2, *Droit belge et droits étrangers*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 311-312.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

Tandis que certains auteurs (298) estimaient que le législateur entendait confirmer la solution traditionnelle dégagée par la jurisprudence et la doctrine selon laquelle le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours, d'autres avançaient (299) que la loi sur les faillites révèle une « volonté manifeste d'innover » et consacre un droit de résiliation dans le chef du curateur.

63. Les grands arrêts de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation. L'interprétation de l'article 46 a donné lieu à plusieurs arrêts de nos plus hautes juridictions. Le premier fut rendu par la Cour d'arbitrage tandis que les suivants émanèrent de la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 10 décembre 2003 (300), la Cour d'arbitrage est saisie de deux questions préjudicielles. En l'espèce, chacune porte sur une interprétation de l'article 46. Elles sont soumises à la censure de la Cour pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La première interprète l'article 46 comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur. La seconde l'interprète en ce sens qu'il interdirait au preneur évincé de réclamer paiement au curateur *qualitate qua* d'une indemnité d'éviction telle que prévue par l'article 25 de la loi du 30 avril 1951. La Cour répond par la négative aux questions préjudicielles. La seule conclusion qui puisse être tirée de l'arrêt de la Cour reste hypothétique : si l'article 46 devait être interprété comme octroyant au curateur la faculté de mettre fin au contrat malgré l'existence de dispositions impératives, cet article serait parfaitement compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

(298) L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 437-438 ; A. ZENNER ET C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, coll. CUP, vol. 100, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 151-213. ; T. BOSLY ET M. ALHADEFF, « Développement récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, coll. CUP, vol. 120, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 248.

(299) A. ZENNER ET I. VEROUĞSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 526, n° 6.

(300) C.A., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, pp. 52 et s.

L'arrêt du 24 juin 2004 (301) de la Cour de cassation a également trait à la matière du bail commercial et aux résiliations opérées par le curateur sur la base de l'article 46. À l'occasion de cet arrêt, la Cour décide qu'« il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; que le curateur peut par contre *mettre fin* à un contrat qui lie le failli, si la *résiliation* du contrat est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'*inexécution* du contrat » (302). En décidant, sans vérifier *in concreto*, que « rien ne fait obstacle à ce que le curateur réalise l'immeuble nonobstant l'existence du contrat de bail commercial », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

Quatre ans plus tard, un nouvel arrêt vient clarifier les contours de l'article 46 et fortifier la jurisprudence de la Cour de 2004. Les faits à l'origine du litige concernent la résiliation par le curateur des baux à ferme. Pour ce faire, le curateur s'appuyait sur l'intérêt de la masse sans plus de précisions.

Les demandeurs en cassation partent d'un postulat de base : « S'il y a lieu d'admettre que dans son arrêt du 24 juin 2004 la Cour a reconnu l'existence d'un droit spécial de résiliation pour le curateur fondé sur l'article 46 de la loi du 8 août 1997 ce droit ne peut être exercé que dans les circonstances indiquées par la Cour ». Ils allèguent ensuite qu'il appartient donc au curateur, conformément à l'arrêt rendu par la Cour, de démontrer concrètement que la résiliation est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille. La Cour fait droit à cette argumentation. Elle s'écarte des conclusions prises par l'avocat général (303) et casse l'arrêt attaqué en ces termes :

« 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le

(301) Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130, *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. VAN LEMBERGEN et note S. BRIJS, *R.D.C.*, 2005, p. 241, note A. ZENNER et C. ALTER et note C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP.

(302) *Ibid.*, pp. 241-245.

(303) L'avocat général avait conclu à la cassation de l'arrêt exclusivement sur la première branche du moyen. Cette dernière faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir interprété, à tort, l'article 46 comme conférant au curateur de la faillite le droit de mettre fin ou de résilier les contrats. Certains auteurs estiment qu'en ne se saisissant pas de cette branche du moyen, la Cour de cassation a entendu implicitement reconnaître au curateur une faculté de résiliation (voy. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347 ; F. GEORGES, « Faillites et contrats en cours : la Cour de cassation précise sa jurisprudence », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1595).

curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse.

Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite.

2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat ».

L'enseignement des arrêts de 2004 et 2008 est réitéré par la Cour dans son arrêt du 3 décembre 2015 (304). La Cour admet que le curateur puisse résilier des contrats en cours lorsque l'administration de la masse le requiert. Cet arrêt va toutefois un pas plus loin. Nous y reviendrons *infra*, n° 76.

64. Controverses et arguments doctrinaux. Malgré les apparences, les arrêts précités ne permirent pas de clore immédiatement et totalement les débats. Différentes thèses ont vu le jour en doctrine : d'une part, les partisans, peu nombreux, d'un droit de résiliation « absolu » (305), que certains ont qualifié de « sauvage » (306), simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers ; d'autre part, les fervents défenseurs de la thèse d'une application limitée de l'article 46 (307). En marge de ces deux positions, de manière radicalement opposée, on retrouve les adeptes de la doctrine traditionnelle antérieure à la modification législative de 1997 (308) où l'existence d'un pouvoir de résiliation dans les mains du curateur est niée.

(304) Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. MALEKZADEM, *NjW*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, *T.B.O.*, 2016, p. 317.

(305) C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 256.

(306) Expression utilisée par T. HÜRNER et N. OUCHINSKY (« Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 221-222) qui critiquent cette faculté.

(307) A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 479.

(308) A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, coll. cup, vol. 100, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 151-213 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. 2, *Les obligations*, vol. II, *Les sources des obligations (deuxième partie)*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1014. Voy. également de manière moins explicite : S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 215 ; T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développement récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défective. Actualités et pratique*, coll. CUP, vol. 120, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 255.

Actuellement, la thèse traditionnelle de la non-exécution reste difficilement soutenable suite aux arrêts de la Cour de cassation du 10 avril 2008 et du 3 décembre 2015. Un consensus se dégage progressivement pour reconnaître au curateur un droit de résiliation strictement limité (309). Le contrat ne peut être résilié que si la bonne administration de la masse le requiert. L'expression « ne pas poursuivre » (*niet verderzetten*) ou « mettre fin » (*een einde maken/beëindigen*) est toutefois encore régulièrement employée (310).

65. La réforme du droit de l'insolvabilité. L'article XX.139, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du CDE avalise la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est désormais fait mention expresse, dans le paragraphe premier, d'un droit de résiliation unilatérale dans le chef du curateur.

L'article 139, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, dispose en effet que :

« Les curateurs décident sans délai, dès leur entrée en fonction, s'ils poursuivent les contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin automatiquement, ou **s'ils les résilient unilatéralement lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement** (311). Cette décision ne peut porter atteinte aux droits réels de tiers opposables à la masse ».

Les travaux préparatoires mentionnent qu'un prix de vente supérieur ne répond pas au critère de l'intérêt de la masse tel que repris à l'article XX.139, § 1^{er}, alinéa 1^{er} (312).

Par ailleurs, des précisions sont ajoutées à l'article XX.193 du CDE (313) afin d'éviter, comme c'était souvent le cas, que certains curateurs ne se

(309) J. MALEKZADEM, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 854 ; V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1134 ; M.E. STORME et R. JANSEN, « Zakelijke rechten en insolventie », in V. SAGAERT (red.), *Themis cahier 99, Vastgoedrecht 2016-17*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 164 et s.

(310) V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1134 ; J. DE SMET, *Onderzoeken in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 182.

(311) Nous surlignons.

(312) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 90.

(313) L'article XX.193, § 1^{er}, al. 1^{er}, dispose : « Sans préjudice de l'article XX.120, les curateurs sont seuls admis à réaliser la vente de biens immeubles. Le juge-commissaire ordonne la vente à la requête des curateurs. Si le juge-commissaire ordonne la vente publique ou la vente de gré à gré, celles-ci ont lieu conformément aux articles 1190 à 1193ter du Code judiciaire ».

prévalent exclusivement de l'article 46 de la loi sur les faillites sans respecter le prescrit des articles 1190 et 1193^{ter} du Code judiciaire (314).

Force est enfin de constater que ce droit de résiliation est cadencé par le législateur lorsque des droits réels sont en jeu (voy. *infra*, n° 76).

b) L'article 46 et le statut de dette de masse

66. Les indemnités de résiliation sous l'empire de la loi du 8 août 1997. Le statut des indemnités contractuelles qui résultent de la résiliation du contrat par le curateur après la faillite se révèle aussi complexe (315). La controverse y afférente a, fort heureusement, trouvé son épilogue dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 2009 (316). À cette occasion, la Cour décide que « seules les prestations fournies après la faillite donnent droit à une action à charge de la masse. [...] Les indemnités dues pour cause de résiliation d'un contrat de travail constituent des dettes de la masse, pour autant qu'elles aient trait aux prestations effectuées après la faillite ». La Cour de cassation consacre expressément le principe de la proratisation. L'indemnité de préavis sera calculée au prorata des périodes prestées. Seule sera considérée comme une dette dans la masse l'indemnité relative à la période prestée avant la faillite (317).

67. La réforme du droit de l'insolvabilité. Dans le nouvel article XX.139, § 1^{er}, alinéa 3, du CDE, il est rappelé que lorsque « les curateurs décident de poursuivre le contrat, l'exécution des obligations du failli corrélatives aux prestations effectuées par le cocontractant *après* (318) la date du jugement déclaratif de faillite est à charge de la masse ».

À l'inverse, l'alinéa 2 du même article spécifie que la créance de dommages et intérêts qui découle de la résiliation due à l'absence de réaction à la mise en demeure adressée au curateur par le créancier est une dette dans la masse (voy. *infra*, n°s 68 et s.).

Les principes dégagés en jurisprudence bénéficient désormais d'une assise légale.

(314) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 89-90.

(315) A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 383 et s. et spéc. p. 385.

(316) Cass., 16 janvier 2009, *R.W.*, 2009-2010, n° 8, pp. 1-2, *N.J.W.*, 2009, p. 448.

(317) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 563, n° 3.7.2.3. Voy. également, Bruxelles, 27 juin 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 706.

(318) Nous soulignons.

c) L'article 46 de la loi sur les faillites et la présomption qu'il renferme (319)

**68. La présomption de l'article 46 de la loi sur les faillites (rap-
pel).** Conformément à l'article 46 de la loi du 8 août 1997, il appartient au curateur, dès son entrée en fonction, de choisir de poursuivre ou non les contrats en cours (320). Malgré les premiers termes de l'article 46 de la loi sur les faillites, le curateur pourrait très bien tarder à prendre attitude quant à la poursuite ou non des contrats. À défaut pour le créancier d'être diligent et de mettre en demeure le curateur de prendre pareille décision, aucune sanction ne pourra être imposée au curateur. Pour éviter une éventuelle période de latence, le législateur a prévu que les créanciers peuvent contraindre le curateur à opérer un choix dans la quinzaine. La sanction prévue par le législateur dans la loi de 1997 consiste en une « présomption de résiliation », pure nouveauté terminologique (321). Cette présomption sortit ses effets de plein droit dès l'expiration du délai (322). Le délai de quinze jours qui commence à courir à compter de la réception de la mise en demeure ou du moment auquel le curateur aurait normalement pu en prendre connaissance ne pourra être prolongé qu'avec l'accord du créancier (323). La disposition est d'ordre public (324). Le juge ne peut prolonger le délai de quinze jours (325). Dans son arrêt du 21 mars 2014, la Cour de cassation précise que « l'application de cette présomption ne requiert pas que la résiliation du contrat soit nécessaire à la bonne administration de la masse » (326).

De l'expression initialement proposée « le contrat est résolu », le législateur de l'époque en est arrivé à l'expression « le contrat est présumé être résilié par le curateur ». L'amendement soumis avait, au départ, un objectif précis. L'utilisation du terme « résolu » suscitait, en effet, quelques difficultés en droit du travail. Il ne permettait pas aux travailleurs de prétendre à une

(319) Bien que la Cour ne se soit pas prononcée expressément sur la portée de la notion de « présomption de résiliation », cette dernière a alimenté sensiblement la controverse relative à la portée de l'article 46, raison pour laquelle sa place dans ce § 1^{er} se justifie pleinement.

(320) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 479.

(321) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 480, n° 3.4.2.17.

(322) *Ibid.*, p. 480.

(323) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 224 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 480.

(324) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 224.

(325) *Ibid.*

(326) Cass., 21 mars 2014, C.13.0477.F, *J.T.*, 2014, p. 545, *Pas.*, 2014, p. 796, *R.W.*, 2014-2015, p. 1144, *T.B.O.*, 2015, p. 38.

indemnité de licenciement dans la mesure où cette dernière exige que l'initiative du congé repose sur l'employeur (327). Le subterfuge suggéré, véritable *deus ex machina*, présentait l'avantage de permettre aux travailleurs de pouvoir revendiquer l'obtention d'une indemnité de rupture. Il y fut donc fait droit malgré l'absence totale de fondement juridique. Cette terminologie laisse perplexe dès lors que la sanction est inconnue de notre droit civil.

69. L'article XX.139, § 1^{er}, alinéa 2 : la suppression de la présomption. Le régime actuel est modifié par l'article XX.139, § 1^{er}, alinéa 2, du CDE. Ce dernier dispose désormais que « le cocontractant peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Sous réserve d'une prorogation amiable, si les curateurs n'ont pris aucune décision expresse avant l'expiration de ce délai, le contrat est *considéré comme étant résilié* (328) ». Le terme présomption disparaît sans toutefois que les conséquences de cette modification ne soient explicitées dans les travaux préparatoires.

d) La suspension des poursuites et la réalisation des biens du failli (329)

70. Aperçu. On perçoit dans la réforme plusieurs changements relatifs à la réalisation des biens du failli. De la suspension des poursuites et saisies à la vente publique dématérialisée en passant par la refonte du mécanisme de la purge, nous brosserons à larges traits les contours de ces modifications éparses.

71. Le sort des saisies suite à la survenance de la faillite du saisi. L'article 25 de la loi du 8 août 1997 prévoit, dès le jugement déclaratif de faillite, la suspension des saisies pratiquées par les créanciers chirographaires et privilégiés généraux. Des exceptions à ce principe sont toutefois prévues en son alinéa 2 (330). La remise ou l'abandon de la vente est envisagé à l'alinéa 3 pour autant que l'intérêt de la masse l'exige (331).

(327) T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 217.

(328) Nous soulignons.

(329) Voy. sur ces questions, F. GEORGES, « Le droit du recouvrement en ses aspects notariaux », *Chron. not.*, vol. 66, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 18-40. L'auteur souligne que le législateur « a repris à son compte, et très souvent en toutes lettres, les propositions de droit judiciaire de la Fédération Royale du Notariat belge » (p. 20). Voy. également, F. ROZENBERG, « Exécution forcée et réalisation des sûretés réelles mobilières », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Limal, Anthemis, 2017, pp. 141-143.

(330) « Si, antérieurement à ce jugement, le jour de la vente forcée des meubles ou immeubles saisis a déjà été fixé et publié par les affiches, cette vente a lieu pour le compte de la masse ».

(331) « Néanmoins, si l'intérêt de la masse l'exige, le juge-commissaire peut, sur la demande des curateurs, autoriser la remise ou l'abandon de la vente ».

L'article XX.120 constitue le prolongement de cet article 25.

Article XX.120 CDE : « Toutes les saisies pratiquées antérieurement au jugement déclaratif de la faillite sont suspendues.

Toutefois, si antérieurement à ce jugement, le jour de la vente forcée des meubles saisis a déjà été fixé et publié par les affiches (332), cette vente a lieu pour le compte de la masse. Si l'intérêt de la masse l'exige, le juge-commissaire peut, sur la demande des curateurs, et après avoir appelé les créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits ou enregistrés par pli judiciaire notifié au moins huit jours avant l'audience autoriser la remise ou l'abandon de la vente.

De même, si antérieurement à ce jugement, l'ordonnance rendue conformément aux articles 1580, 1580bis et 1580ter du Code judiciaire, n'est plus susceptible d'être frappée par l'opposition visée aux articles 1033 et 1034 (333) du même Code, les opérations de vente sur saisie exécution immobilière peuvent se poursuivre pour le compte de la masse.

Si l'intérêt de la masse l'exige, le juge-commissaire peut, sur la demande du curateur, et après avoir appelé les créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits ou enregistrés par pli judiciaire, notifié au moins huit jours avant l'audience, autoriser la remise ou l'abandon de la vente. Le curateur doit immédiatement informer par écrit le notaire chargé de vendre le bien, de sa demande de remise ou abandon. Cette demande de remise ou d'abandon de vente n'est plus recevable à dater de la sommation faite au débiteur saisi conformément à l'article 1582 du Code judiciaire.

Les frais réels exposés par le notaire dans le cadre de la vente forcée, entre sa désignation et le dépôt de la demande de remise ou abandon sont à charge de la masse si le juge-commissaire autorise la remise ou l'abandon de la vente. Dans ce cas, le notaire devra la remettre ou l'abandonner aux conditions cumulatives suivantes :

- un montant correspondant à ces frais est versé en l'étude de l'huissier de justice ;
- et ce dernier en informe immédiatement le notaire par exploit.

L'huissier de justice transfère le montant versé entre ses mains au notaire dans un délai de quinze jours à dater de sa réception. Ce montant est affecté au paiement de ces frais.

§ 2. En cas de saisie diligentée à l'encontre de plusieurs débiteurs dont un seul est déclaré en faillite, la vente forcée des biens meubles ou immeubles se poursuit conformément aux règles de la saisie mobilière ou immobilière selon le cas. Après règlement des créanciers hypothécaires et privilégiés spéciaux, le notaire verse le cas échéant au curateur le solde de la part du prix de vente revenant au failli. Ce versement est libératoire tout comme l'est le versement fait par l'adjudicataire conformément à l'article 1641 du Code judiciaire ».

(332) Nous mettons en italique.

(333) Nous mettons en italique.

On dénombre, à titre de modifications, les éléments suivants⁽³³⁴⁾ :

- la distinction entre le régime des meubles et celui des immeubles ;
- l'extension du régime applicable à tous les créanciers poursuivant une saisie-exécution immobilière ;
- le moment pivot à partir duquel la saisie immobilière échappe à la suspension afin d'éviter une trop grande accumulation de frais⁽³³⁵⁾ ;
- l'obligation pour les créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits d'être appelés dans le cadre de l'autorisation de remise ou d'abandon ;
- l'existence de plusieurs conditions auxquelles sont soumis la remise ou l'abandon de la vente ainsi que la mise en place d'une procédure à suivre⁽³³⁶⁾ ;
- l'admission de la poursuite de la vente sur saisie contre deux copropriétaires indivis même en cas d'admission de l'un d'entre eux à la procédure de faillite.

L'article XX.121 reproduit les termes de l'article 26 de la loi du 8 août 1997⁽³³⁷⁾.

72. Clarification au sujet du caractère purgeant des ventes. La typologie des ventes purgeantes et non purgeantes a suscité de nombreuses difficultés⁽³³⁸⁾. Le législateur tente à nouveau⁽³³⁹⁾ d'y remédier

(334) Voy. sur ces modifications et la liste reproduite dans le corps du texte, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 84 et 85. Voy. également, F. GEORGES, « Le droit du recouvrement en ses aspects notariaux », *Chron. not.*, vol. 66, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 18-40.

(335) Il s'agit, en matière immobilière, de la forclusion de la possibilité d'une tierce opposition contre la décision commettant le notaire et, en matière mobilière, du jour auquel la vente forcée a été fixée et publiée par les affiches.

(336) Les travaux préparatoires précisent que : « En matière de vente publique, une limite à cette faculté a cependant été posée, dans la mesure où, une fois le cahier des charges signifié, les frais exposés, qui, sont à la charge du saisi, sont substantiels ».

(337) Cet article XX.121 CDE dispose : « Toutes voies d'exécution, pour parvenir au paiement des créances garanties par une sûreté mobilière ou un privilège spécial sur les meubles dépendant de la faillite, seront suspendues jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances, sans préjudice de toute mesure conservatoire et du droit qui serait acquis au propriétaire des lieux loués d'en reprendre possession. Dans ce dernier cas, la suspension des voies d'exécution établie au présent article cesse de plein droit en faveur du propriétaire.

Néanmoins, si l'intérêt de la masse l'exige et à condition qu'une réalisation des meubles puisse être attendue qui ne désavantage pas les créanciers privilégiés, le tribunal peut, sur requête des curateurs et après avoir convoqué par pli judiciaire le créancier concerné bénéficiant d'un privilège spécial, ordonner la suspension d'exécution pour une période maximum d'un an à compter de la déclaration de faillite ».

(338) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 18. Voy. également, F. GEORGES, « L'effet de purge des ventes immobilières suite à la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire », *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire – Première analyse de la loi du 13 août 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 203 et s.

(339) Voy. sur les modifications déjà opérées par la loi du 13 août 2011, F. GEORGES, « L'effet de purge des ventes immobilières suite à la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire », *La nouvelle*

en tenant compte, dans le Code judiciaire, des enseignements issus de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 2010⁽³⁴⁰⁾.

À l'occasion de ce dernier, la Cour consacre en effet le caractère relatif de la purge⁽³⁴¹⁾ :

« En vertu de l'article 1326, alinéa 2, du Code judiciaire les ventes de gré à gré autorisées conformément à l'article 1193ter emportent de plein droit délégation du prix au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits qui ont été entendus ou dûment appelés au cours de la procédure d'autorisation conformément à cette disposition [...] Il ne peut être question d'un ordre ou d'une radiation d'office de toutes les inscriptions sur production d'un certificat notarié qui constate le paiement ou le versement libératoire, que dans la mesure où il y a délégation du prix au profit des créanciers inscrits ».

Ce n'est pas le cas vis-à-vis des créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits qui n'ont été ni entendus ni dûment appelés au cours de la procédure d'autorisation de vente de gré à gré, conformément à l'article 1193ter, alinéa 2, du Code judiciaire⁽³⁴²⁾ ».

L'article 1326 du Code judiciaire est révisé⁽³⁴³⁾ et consacre le principe de la délégation de prix au profit des créanciers⁽³⁴⁴⁾. D'autres articles du

procédure de liquidation-partage judiciaire – Première analyse de la loi du 13 août 2011, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 204 et s.

(340) Cass., 4 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 671, *R.W.*, 2010-2011, p. 961, note C. ENGELS, *R.D.C.*, 2010, p. 647.

(341) F. GEORGES, « L'effet de purge des ventes immobilières suite à la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire », *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire – Première analyse de la loi du 13 août 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 207 et s.

(342) Nous mettons en gras.

(343) Les travaux préparatoires précisent : « Cette disposition contient :

1. L'énonciation précise des ventes judiciaires emportant purge légale, que celles-ci soient réalisées publiquement ou de gré à gré, et qu'elles concernent un bien indivis ou non.

2. La spécification des créanciers concernés par la purge.

3. La généralisation de l'appel des créanciers (tantôt à l'adjudication en cas de vente publique, tantôt à la procédure d'autorisation en cas de vente de gré à gré) comme condition essentielle de la purge à toutes les ventes judiciaires, publiques ou de gré à gré.

4. L'instauration d'un délai de convocation des créanciers équivalent à huit jours tant pour ce qui concerne la vente publique que pour ce qui concerne la vente de gré à gré. Le point de départ pour le calcul de ce délai retenu en matière de vente publique est celui de l'émission de la première enchère. Il est ainsi tenu compte de la possibilité offerte aux candidats enchérisseurs d'émettre des enchères dématérialisées dans les ventes publiques.

5. Il convient de préciser que le mode de convocation des créanciers à l'adjudication n'est pas organisé, laissant ainsi le choix entre la lettre recommandée avec accusé de réception ou l'exploit d'huissier, selon les circonstances du dossier.

6. La généralisation de la pratique consistant à ne pas transcrire ni annexer à l'acte de vente, l'ordonnance ou le jugement d'autorisation à tous les types de ventes purgeantes, qui n'est actuellement organisée qu'à l'article 1193bis du Code judiciaire » (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 115).

(344) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX,

Code judiciaire sont également adaptés afin de calquer les dispositions organisant la procédure de vente (art. 1186 à 1193ter) sur l'article 1326 nouveau (345). Les modifications apportées répondent notamment à des considérations relatives à la purge (346). Le législateur spécifie les personnes qui sont appelées à la procédure ainsi que le mode et le délai de convocation. Les créanciers appelés sont enfin mentionnés dans le jugement (347).

Dans le cadre de la présente contribution, nous reproduirons uniquement les articles 1190 et 1193ter du Code judiciaire qui traitent, en combinaison avec l'article 100 de la loi sur les faillites, des ventes immobilières qui dépendent de la faillite (348).

L'article 1190 du Code judiciaire tel que modifié par la réforme (349) dispose dorénavant que :

« Le curateur à la faillite ne peut vendre publiquement les immeubles dépendant de la masse faillie qu'après en avoir demandé l'autorisation au juge-commissaire ; si le juge accorde l'autorisation, il désigne en même temps un notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu. Le curateur ainsi que, le cas échéant, le juge de paix du canton de la situation des biens veillent, chacun pour ce qui le concerne, à la sauvegarde des intérêts en cause »

Le législateur insiste sur l'importance d'associer tant le curateur que, le cas échéant, le juge de paix afin « de veiller à la sauvegarde des intérêts tant des créanciers du failli que du failli lui-même » (350). Par ailleurs, la

dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 447. Voy. sur les modifications déjà opérées par la loi du 13 août 2011, F. GEORGES, « L'effet de purge des ventes immobilières suite à la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire », *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire – Première analyse de la loi du 13 août 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 204 et s.

(345) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 19. Voy. sur les modifications déjà opérées par la loi du 13 août 2011, F. GEORGES, « L'effet de purge des ventes immobilières suite à la réforme de la procédure de liquidation-partage judiciaire », *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire – Première analyse de la loi du 13 août 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 204 et s.

(346) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 114.

(347) *Ibid.*

(348) Tandis que l'article 1190 du Code judiciaire soumet la vente publique immobilière à l'autorisation du juge-commissaire, l'article 1193ter du Code judiciaire impose l'autorisation préalable du tribunal de commerce pour la vente de gré à gré des immeubles.

(349) Voy. l'article 24 de la loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique. Texte adopté en séance plénière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/013, p. 123.

(350) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 110.

nouvelle formulation englobe la possibilité de recourir à une vente dématérialisée (351).

L'1193ter du Code judiciaire tel que modifié par la réforme (352) porte, quant à lui, que :

« Dans le cas prévu à l'article 1190, le curateur peut demander, par requête motivée, au tribunal de commerce l'autorisation de vendre de gré à gré.

Le curateur soumet au tribunal un projet d'acte de vente établi par un notaire, désigné par le juge-commissaire, et lui expose les motifs pour lesquels la vente de gré à gré s'impose.

Ils y joignent un rapport d'expertise établi par l'expert qu'ils ont désigné et un certificat du conservateur des hypothèques, postérieur à la déclaration de faillite relatant les inscriptions existantes et toute transcription de commandement ou de saisie portant sur les immeubles qui doivent être vendus. **Les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits, ceux qui ont fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie de même que le failli doivent être appelés à la procédure d'autorisation par pli judiciaire notifié au moins huit jours avant l'audience** (353).

Ils peuvent demander au tribunal que l'autorisation de vendre de gré à gré soit subordonnée à certaines conditions telle que la fixation d'un prix de vente maximum.

L'autorisation est accordée si l'intérêt de la masse faillie l'exige et de l'avis du juge-commissaire. L'ordonnance doit indiquer expressément la raison pour laquelle la vente de gré à gré sert l'intérêt de la masse faillie et mentionne l'identité des créanciers dûment appelés à la procédure. Le recours à cette forme de vente peut être subordonné à la fixation d'un prix minimum.

La vente doit avoir lieu conformément au projet d'acte admis par le tribunal et par le ministère du notaire qui l'a rédigé. Le demandeur ou les créanciers intervenants peuvent interjeter appel de l'ordonnance du tribunal, conformément à l'article 1031 ».

73. Modification de l'article 100 de la loi sur les faillites. L'article 100 de la loi sur les faillites est remplacé par l'article XX.193 du Code de droit économique.

« Art. XX.193, § 1^{er}. Sans préjudice de l'article XX.120, les curateurs sont seuls admis à réaliser la vente de biens immeubles. Le juge-commissaire ordonne la vente à la requête des curateurs. Si le juge-commissaire ordonne la vente

(351) Voy. notamment art. 1193 C. jud.

(352) Voy. l'article 29 de la loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique. *M.B.*, 11 septembre 2017.

(353) Nous mettons en gras.

publique ou la vente de gré à gré, celles-ci ont lieu conformément aux articles 1190 à 1193^{ter} du Code judiciaire.

Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables au créancier hypothécaire premier inscrit qui peut, après le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances, faire vendre le bien hypothéqué, conformément aux articles 1560 à 1626 du Code judiciaire, sans préjudice de l'article XX.120.

§ 2. Lorsque des immeubles appartiennent en copropriété au failli et à d'autres personnes, le juge-commissaire peut, à la requête des curateurs, ordonner la vente des immeubles indivis. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits, les créanciers ayant fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie ainsi que le failli et les autres copropriétaires doivent être appelés à la procédure d'autorisation par pli judiciaire notifié au moins huit jours avant l'audience. La vente se fait en ce cas à la requête du curateur seul.

En cas d'accord de tous les copropriétaires quant à la vente de l'immeuble indivis, le juge-commissaire peut ordonner celle-ci, à la requête conjointe du curateur et des autres copropriétaires, après avoir appelé les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits, les créanciers ayant fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie ainsi que le failli à la procédure d'autorisation par pli judiciaire notifié au moins huit jours avant l'audience.

§ 3. L'ordonnance mentionne l'identité des créanciers et des copropriétaires dûment appelés à la procédure ».

La procédure de l'article 100 de la loi de 1997 est uniformisée(354). « Le curateur dispose d'un monopole de principe pour réaliser les immeubles »(355). Un traitement spécifique reste toutefois d'application pour le créancier hypothécaire premier inscrit(356).

L'alinéa 3 de l'actuel article 100 de la loi sur les faillites est étendu à tous les immeubles en indivision(357) et à toutes les procédures d'insolvabilité(358). On lit dans les travaux préparatoires que : « En effet, pour

(354) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 100.

(355) F. GEORGES, « Le droit du recouvrement en ses aspects notariaux », *Chron. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 29.

(356) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 100-101.

(357) Voy. sur les difficultés que pose la réalisation de droits indivis dans la réforme, F. GEORGES, « Le droit du recouvrement en ses aspects notariaux », *Chron. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 29-31.

(358) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 100-101. Voy. les nouveaux articles, 1187, 1189/1 et 1675/14bis, § 2, du Code judiciaire et l'article XX.88, § 3, du CDE.

les copropriétaires indivis, on constate que la procédure actuelle présente de nombreuses difficultés en pratique, dans la mesure où elle imposerait qu'une demande en sortie d'indivision soit introduite. L'ensemble de la procédure s'en trouve alors ralenti par ce détour devant un autre tribunal, ce qui est contre-productif et onéreux. En outre, l'extension est aussi nécessaire, parce que les tribunaux, pour contourner ces ralentissements, prononcent régulièrement la vente du bien dans son entièreté et ce, sans l'accord des autres copropriétaires, ce qui pose des problèmes d'application dans les faits ainsi que des problèmes de purge ».

La possibilité pour les copropriétaires de conclure un accord devant le juge-commissaire en ce qui concerne la vente de leur bien est prévue(359).

Afin de dissiper tout doute sur l'effet purgeant de la vente (voy. *supra*, n° 72), l'identité de tous les créanciers et des copropriétaires appelés est mentionnée.

74. Vente publique dématérialisée. Le Code judiciaire(360) est également modifié en vue de permettre l'organisation de vente publique dématérialisée sur internet et l'atteinte d'un grand public cible de candidats-acheteurs(361). Pour éviter les risques soulevés dans l'arrêt du 9 juin 2016(362) de la Cour de cassation, des garanties sont prévues. L'organisation de ventes publiques reste réservée à des personnes légalement autorisées.

(359) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 100-101.

(360) Voy. par exemple, les articles 1186, 1187, 1190, 1193, 1224... du Code judiciaire. Voy. pour davantage d'explications, Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 108 et s.

(361) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 19.

(362) Cass., 9 juin 2016, *Not. Fisc. M.*, 2016, p. 308, concl. A. VAN INGELGEM, note, *R.C.D.I.*, 2016, p. 36, *T. Not.*, 2016, p. 481, concl. A. VAN INGELGEM, note. Dans cette affaire, la cour d'appel de Gand estima que le site de vente www.heyman.be organisait des ventes publiques d'immeubles en violation avec le monopole des notaires. Elle annula donc la vente. La Cour de cassation rejette le pourvoi et définit la vente publique relevant du monopole des notaires au sens de l'article 1^{er}, al. 2, de la loi du 16 mars 1803 comme « une vente où la possibilité est offerte à un public réuni physiquement ou virtuellement de faire des offres concurrentes, où chacun a connaissance de l'offre de l'autre sans savoir nécessairement de qui émane l'offre ou qui a fait offre et pour laquelle il est dès le départ certain que le bien sera attribué à celui qui a fait l'offre la plus élevée ou qu'il sera retiré ». Comme le rappelle G. Carnoy, les ventes immobilières virtuelles aux enchères sont bien visées par le monopole des notaires. À défaut de respecter ce monopole, la vente est frappée de nullité (G. CARNOY, « Les sites d'enchères immobilières en ligne et le monopole des notaires », <http://gillescarnoy.be/2016/07/19/les-sites-dencheres-immobilières-en-ligne-et-le-monopole-des-notaires/>).

§ 2. Les écarts du législateur par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation

a) L'article 46 et les contrats constitutifs de droits réels

75. Contextualisation. Jusqu'il y a quelques années, les décisions soumises à la censure de la Cour concernaient exclusivement des contrats afférents à des droits personnels. Une nouvelle problématique fut toutefois soumise à la Cour à l'occasion de l'arrêt du 3 décembre 2015(363) : qu'en est-il du pouvoir de résiliation du curateur face à des contrats constitutifs de droits réels ? Dans cette affaire, un curateur invoquait avoir rompu le contrat de superficie qui liait le failli en qualité de superficiaire sur le pied de l'article 46. Pour le tréfoncier, demandeur en cassation, même si l'article 46 de la loi du 8 août 1997 ne contient pas d'exceptions ou de dérogations, le curateur ne peut méconnaître l'existence et la durée du contrat de superficie en y mettant fin de manière prématurée. La Cour refuse d'épouser la thèse avancée par le demandeur en cassation et rejette le pourvoi. Elle décide que :

« En vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, le curateur peut résilier un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat octroie des droits qui sont opposables à la masse. Ainsi, lorsque les conditions prévues à cet effet sont réunies, le curateur peut résilier les contrats en matière d'usage et de jouissance de biens immeubles même si les droits ainsi octroyés répondent à un droit réel.

Le moyen, qui soutient qu'en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, le curateur ne peut pas porter atteinte à la durée d'un contrat établissant un droit de superficie en résiliant anticipativement ce contrat dans l'intérêt de la masse, repose sur un soutènement juridique erroné ».

Une nouvelle étape est franchie par la Cour à l'occasion de cet arrêt. L'article 46 s'applique à tous les contrats, peu importe qu'ils donnent naissance à des droits personnels ou des droits réels(364)/(365).

(363) Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. MALEKZADEM, *NjW*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, *T.B.O.*, 2016, p. 317.

(364) Voy. sur l'application de l'article 46 à l'ensemble des contrats constitutifs de droits réels, J. MALEKZADEM, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, pp. 853 et s. ; V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, pp. 1134 et s. Voy. toutefois *contra*, M.E. STORME et R. JANSEN, « Zakelijke rechten en insolventie », in V. SAGAERT (red.), *Themis cahier 99, Vastgoedrecht 2016-17*, Bruges, die Keure, 2017, p. 165 ; J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 180 ; Gand, 7 octobre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 230.

(365) Voy. sur l'incidence de l'application de l'article 46 sur les droits réels des tiers, V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht »,

76. Le recul opéré par l'article XX.139, § 1^{er}, in fine, du CDE. La réforme du droit de l'insolvabilité est toutefois en recul par rapport à cette jurisprudence. La portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 est cadencée. L'article XX.139, § 1^{er}, *in fine* précise que la décision de résiliation ne peut pas porter atteinte aux droits réels de tiers.

Ainsi, comme le soulignent les travaux préparatoires, le droit de résiliation n'emporte pas pour le curateur la faculté de « mettre fin à des droits réels concédés par le failli à des tiers (par exemple quand le failli a octroyé le droit de superficie). Le cocontractant du failli conserve tous les droits réels (usufruit, superficie, emphytéose) dont les conditions d'opposabilité à la masse ont été remplies avant la déclaration de faillite »(366).

b) L'article 37 de la loi sur les faillites

77. La notion de dettes de la masse (rappels). Pour qu'une dette soit qualifiée de dette de la masse, le curateur doit avoir, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, « contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale du failli, en exécutant les conventions que celui-ci a conclues ou encore en utilisant ses meubles ou immeubles aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite »(367).

La notion de dette de la masse dépend de la réunion de deux critères : d'une part, un critère chronologique et, d'autre part, un critère fonctionnel(368) (ou téléologique)(369). Pour être qualifiée de dette de la masse,

note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, pp. 1135 et s. L'auteur y traite, par exemple, du sort du tiers bénéficiant d'une hypothèque sur le droit d'emphytéose.

(366) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 90-91. Voy. également, B. PIRLET, « Application de l'article 46 de la loi sur les faillites au contrat d'emphytéose : réflexion sur la nature des droits réels à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 », *R.D.C.*, 2017, pp. 701-729.

(367) Cass., 16 juin 1988, *R.G.* n° 19880616-22, n° 8075, *T.R.V.*, 1988, p. 352, note J. LIEVENS, *R.C.J.B.*, 1990, p. 5, *R.W.*, 1988-1989, p. 433, *Pas.*, 1988, p. 1250 (société en liquidation) ; Cass., 16 juin 1988, n° 8136, *R.C.J.B.*, 1990, p. 11, *J.T.*, 1988, p. 629, note Y. DUMON (ASBL en liquidation) ; Cass., 16 juin 1988, n° 8209, *R.C.J.B.*, 1990, p. 18, *R.D.C.*, 1988, p. 769 (faillite) ; Cass., 20 janvier 1994, *R.G.F.*, 1994, p. 256, note M. EVRARD, *R.D.C.*, 1994, p. 906, note Y. DUMON, *J.L.M.B.*, 1994, p. 362 ; Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1626, *J.T.* 2001, p. 696, *D.A.O.R.*, 2001, p. 287, note D. BLommaert, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364 ; Cass., 30 mars 1995, *J.L.M.B.* 1995, p. 780, *J.T.*, 1995, p. 541, *Pas.*, 1995, I, p. 374 ; Cass., 4 février 2016, *NjW*, 2016, p. 387, note J. WAELENS.

(368) Voy. sur les critiques formulées à l'égard du critère chronologique et le besoin d'un second critère, B. MAES, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 746 ; J. CAEYMAEX, « Observations à propos de la notion de dette de la masse », *J.L.*, 1988, pp. 56-57 ; J. MEERTS, « De boedelschulden », in X., *Faillissement en Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 1998, pp. II.H.-30-7 ; A. ZENNER, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 89.

(369) M. GRÉGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », in X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 373 et s. ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in*

la dette doit être née postérieurement au jugement déclaratif de faillite et être en lien étroit avec la bonne administration de la masse.

Le concept de dette de la masse renvoie à un régime juridique particulièrement favorable. Parmi les atouts que confère la qualité de créancier de la masse⁽³⁷⁰⁾, on peut épingler, outre le paiement préférentiel qu'elle implique⁽³⁷¹⁾, l'absence de suspension du cours des intérêts⁽³⁷²⁾, l'absence d'interdiction de compensation quand les deux dettes sont qualifiées « de la masse »⁽³⁷³⁾, l'absence de soumission à la procédure de vérification de créances⁽³⁷⁴⁾ ainsi que la possibilité de procéder à des mesures d'exécution malgré la situation de concours^{(375)/(376)}.

het insolventierecht, Anvers, Intersentia, 2005, p. 83, n° 83. Voy. également, A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 388 et s.

(370) Voy. sur les conséquences de cette qualification sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1994-1995, n° 631/13-91/92, pp. 272 et s. Par contre, l'hypothèque légale ne profite pas à la masse tandis que la situation privilégiée des créanciers de la masse prend fin avec la clôture de la faillite (A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 533, n° 1789).

(371) A. ZENNER, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 85 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 533, n° 1789.

(372) A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 533, n° 1789 ; A. ZENNER, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 724 ; M. GRÉGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », in X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 369 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 487 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 53 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131.

(373) A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 487.

(374) C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. VII, Paris, F. Pichon, 1914, p. 591, n° 557 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 277, n° 152 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 321, n° 2779 et p. 348, n° 2811 ; A. ZENNER, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 85 ; A. ZENNER, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 724 ; B. MAES, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 741 ; Projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1994-1995, n° 631/13-91/92, p. 272 ; M. GRÉGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », in X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 369 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 486-487 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131.

(375) C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. VII, Paris, F. Pichon, 1914, p. 592, n° 557bis ; E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU, (dir.), v° « Faillite et banqueroute », *Répertoire pratique du droit belge*, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1950, p. 550, n° 2387 ; B. MAES, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 742 ; Projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1994-1995, n° 631/13-91/92, p. 272 ; M. GRÉGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », in X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 369 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 53.

(376) Voy. sur cette question, B. MAES et R. BÜTZLER, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse », note sous Cass., 26 novembre 1981, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 451-469.

78. L'article 37 de la loi sur les faillites et les dettes contractées antérieurement à la faillite dans le cadre d'une autre procédure collective⁽³⁷⁷⁾. La notion de dette de la masse n'est pas limitée à la procédure de faillite. Elle s'étend notamment à la liquidation volontaire ou judiciaire, à l'ancienne procédure concordataire et à la procédure de réorganisation judiciaire⁽³⁷⁸⁾.

Qu'en est-il, dès lors, de ces dettes de la masse en cas de faillite ultérieure ? L'application du critère chronologique dégagé par la Cour de cassation ne retient comme dette de la masse que les dettes postérieures au jugement déclaratif. Les dettes contractées dans le cadre d'une liquidation, d'un ancien concordat ou d'une réorganisation sont donc considérées comme des dettes dans la masse. Il n'y a pas de report de préférence d'une procédure collective à une autre, à moins de pouvoir se prévaloir du privilège des frais de justice ou des frais de conservation^{(379)/(380)}.

Le législateur est toutefois intervenu à plusieurs reprises afin de protéger les intérêts de certains créanciers⁽³⁸¹⁾.

(377) Voy. notamment sur cette question, M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 125.

(378) La notion de masse et ses contours sont plus discutés en matière de règlement collectif de dettes. La composition de la masse divise, en effet, la doctrine. D. Patart invoque une scission du patrimoine du débiteur en deux universalités. L'auteur affirme que « Le concours ne modifie pas la nature du patrimoine du débiteur, mais scinde celui-ci en deux universalités distinctes : la masse, d'une part, et le patrimoine du débiteur amputé de la masse, d'autre part » (D. PATART, « Le règlement collectif de dettes », *Rép. Not.*, t. XIII, liv. IV/12, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 113). À l'inverse, F. Georges et V. Grella défendent la position selon laquelle il n'existe qu'une seule masse, tant active que passive dont le contenu est susceptible d'évoluer dans le respect des effets attachés à la décision d'admissibilité » (F. GEORGES et V. GRELLA, « Règlement collectif de dettes, saisies et garanties : points de friction », in X., *Le règlement collectif de dettes*, coll. CUP, vol. 140, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 101).

(379) M. VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Paris, Editions Rousseau & cie, 1949, p. 138 ; A. ZENNER, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 721.

(380) Pour A. Zenner, « La cause de préférence des créanciers « de la masse » tient à l'objet de l'obligation ; elle est étrangère à sa nature et n'emporte pas en principe de privilège particulier » (A. ZENNER, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 721).

(381) Art. 8 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ; ancien art. 44, al. 2, de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat.

L'article 37 de la loi du 31 janvier 2009 (382) répond à ces préoccupations d'ordre économique (383)/(384). Pour revêtir la qualité de dettes de la masse, plusieurs conditions sont mises en lumière par A.A. Henderickx et M. Werquin (385). Ces derniers précisent que « les créances doivent se rapporter à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire, elles doivent être issues d'engagements nouveaux ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure ». En outre, « une faillite ou liquidation subséquente doit survenir ». Cette faillite ou liquidation ne peut intervenir « qu'au cours de la période de réorganisation ou à son expiration ». Il doit exister un « lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation collective et la procédure collective ». Enfin, le paiement par préférence n'interviendra que sur le « produit de réalisation des biens sur lesquels un droit réel est établi, que dans la mesure où ces prestations ont contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété » (386).

79. L'arrêt du 27 mars 2015 de la Cour de cassation suivi par l'arrêt du 27 avril 2017 de la Cour constitutionnelle. Le statut des dettes fiscales et sociales issues de la procédure de réorganisation a donné lieu à une jurisprudence particulièrement abondante et divisée (387).

(382) Cet article dispose que « dans la mesure où les créances se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, elles sont considérées comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente survenue au cours de la période de réorganisation ou à l'expiration de celle-ci, dans la mesure où il y a un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et cette procédure collective.

Le cas échéant, les indemnités contractuelles, légales ou judiciaires dont le créancier réclame le paiement du fait de la fin du contrat ou de sa non-exécution sont réparties au prorata en fonction de leur lien avec la période antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure.

Le paiement des créances ne sera toutefois prélevé par priorité sur le produit de la réalisation de biens sur lesquels un droit réel est établi que, dans la mesure où ces prestations ont contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété ».

(383) Voy. sur l'article 37 de la loi relative à la continuité des entreprises, A.A. HENDERICKX et M. WERQUIN, « Les mandataires de justice : devoirs et pouvoirs », in A. ZENNER et M. DAL, *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité - États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 471 ; S. JACMAIN et C. DE BOE, « L'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises : nouveaux développements et mise en perspective au regard de la responsabilité – en particulier en matière fiscale et sociale – des dirigeants d'entreprise », *R.D.C.*, 2015, p. 532 ; C. PARMENTIER, « L'article 37 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et le précompte professionnel », obs. sous Cass., 27 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 1082-1084 ; B. DE GROOF, « Geen "supervoorrecht" voor fiscus na gerechtelijke reorganisatie », note sous Cass., 27 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, pp. 1141-1142.

(384) Ces considérations se retrouvent dans la jurisprudence récente de la Cour relative au statut du fisc. Voy. Cass., 27 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1143.

(385) A.A. HENDERICKX et M. WERQUIN, « Les mandataires de justice : devoirs et pouvoirs », in A. ZENNER et M. DAL, *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité - États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 470-471.

(386) *Ibid.*

(387) Pour un exposé de la jurisprudence, voy. S. JACMAIN et C. DE BOE, « L'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises : nouveaux développements et mise en perspective au regard de la responsabi-

Dans son arrêt du 27 mars 2015 (388), la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence qui consistait à reconnaître aux précomptes professionnels le statut de dette de la masse (389). Conformément à la volonté du législateur, le fisc ne fait pas partie des créanciers à protéger et ne peut donc se prévaloir du statut de créancier de la masse : « Il ne ressort pas de ces dispositions qu'en matière de précompte professionnel, le fisc doive être considéré comme un créancier auquel une sûreté doit être accordée en vue de la poursuite des prestations pendant la procédure de réorganisation judiciaire. Ces créances ne sont, dès lors, pas des dettes de la masse en vertu de l'article 37, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 janvier 2009 » (390).

Plus récemment encore, dans un arrêt du 27 avril 2017 (391), la Cour constitutionnelle répond aux deux questions préjudicielles qui lui sont posées par la cour d'appel de Mons en ces termes :

« 1. L'article 37, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, interprété en ce sens que la créance de l'Administration de la TVA se rapportant à des prestations effectuées à l'égard du débiteur en période de réorganisation judiciaire ne peut constituer une dette de la masse, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

2. – La même disposition, interprétée en ce sens que la dette de précompte professionnel peut constituer une dette de la masse, viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

– La même disposition, interprétée en ce sens que la dette de précompte professionnel ne peut constituer une dette de la masse, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

La Cour adopte donc une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 37 (392).

lité – en particulier en matière fiscale et sociale – des dirigeants d'entreprise », *R.D.C.*, 2015, pp. 529-531 ; B. DE GROOF, « Geen "supervoorrecht" voor fiscus na gerechtelijke reorganisatie », note sous Cass., 27 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, pp. 1141-1142. Voy. également sur plusieurs décisions des juridictions de fond, A.A. HENDERICKX et M. WERQUIN, « Les mandataires de justice : devoirs et pouvoirs », in A. ZENNER et M. DAL, *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité - États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 472-473.

(388) Cass., 27 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1143. Voy. en matière de cotisations sociales, Bruxelles, 10 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 876.

(389) Cass., 16 mai 2014, *J.T.*, 2014, p. 662, *J.L.M.B.*, 2015, p. 416, *NjW*, 2015, p. 157, note B. STALMANS et F. VERHAEDEN. Voy. pour une application nuancée de cet arrêt, Liège, 5 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1503.

(390) Cass., 27 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1144. Voy. également en ce sens, Comm. Bruxelles, 15 décembre 2015, *J.T.*, 2016, p. 84.

(391) C. const., 27 avril 2017, www.juridat.be.

(392) N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 115.

80. L'impact de la réforme. La réforme ne remet pas en cause la *summa divisio* entre dette de la masse et dette dans la masse. Une modification substantielle peut tout de même être épinglée à l'endroit de l'article 37 de la LCE. Alors que le projet de loi (393) consacrait la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 mars 2015 (394), l'article XX.58, alinéa 2, du CDE prévoit que « les prélèvements, cotisations ou dettes en principal fiscaux ou sociaux, sont considérés [...] comme se rapportant à des prestations effectuées par le cocontractant » (395). Les dettes fiscales et sociales en principal seront donc, à l'avenir, revêtues du statut de dette de la masse. Un amendement n° 132 particulièrement favorable au fisc et à l'ONSS fut, en effet, adopté en ce sens (396). Seuls les accessoires des dettes fiscales et sociales échapperont à l'avenir à la qualification de dette de la masse (397). À l'instar de plusieurs auteurs (398), cette modification ne nous paraît nullement justifiée.

c) Les associés d'une entreprise sans personnalité juridique

81. Le cas particulier des associés d'une entreprise sans personnalité juridique. L'article XX.1, § 1^{er}, alinéa 3, dispose que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une entreprise, dont les associés ont une responsabilité illimitée, n'entraîne pas nécessairement, par ce

(393) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 69. Le projet d'article XX.60 prévoyait en effet que « dans la mesure où les créances se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur par son co-contractant pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, elles sont considérées comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente ou dans la répartition visée à l'article XX.93 en cas de transfert sous autorité judiciaire, pour autant qu'il y ait un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et cette procédure.

Les prélèvements, cotisations ou dettes quelconque fiscaux ou sociaux, ne sont pas considérés pour l'application de cet article comme se rapportant à des prestations effectuées par le cocontractant » (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 360).

(394) Cass., 27 mars 2015, R.W., 2015-2016, p. 1143.

(395) Voy sur cet article XX.58 CDE, F. ROZENBERG, « Exécution forcée et réalisation des sûretés réelles mobilières », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Limal, Anthémis, 2017, pp. 135 et s.

(396) Voy. projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 65.

(397) Art. XX.58, al. 3, CDE.

(398) Voy. notamment, N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 121-122.

fait même, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de ces mêmes associés ».

Lorsqu'une entreprise sans personnalité juridique est déclarée en faillite, le législateur souhaite éviter que la faillite soit automatiquement étendue aux associés qui sont liés solidairement à la société (399). La solution consacrée dans le Code de droit économique s'écarte de la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 décembre 2008 (400).

Elle se justifie par le fait que la situation d'insolvabilité de la société et de ses associés ne se règle pas par le canal unique de la procédure de faillite. Plusieurs procédures d'insolvabilité (dissolution, réorganisation judiciaire, faillite) sont ouvertes aux débiteurs en difficulté tandis que leurs champs d'application se chevauchent (401). Les travaux préparatoires livrent l'exemple d'« une faillite dans le chef de la société, une réorganisation judiciaire au travers d'un accord à l'amiable dans le chef de l'associé A et une réorganisation judiciaire au travers d'un accord collectif dans le chef de l'associé B » (402).

§ 3. Aperçu des autres modifications ciblées

82. Introduction. Au rang des nouveautés, on dénombre également des changements mineurs. Même s'ils passent parfois inaperçus et restent occultés par les grands piliers de la réforme, ils méritent que l'on s'y attarde quelques instants.

(399) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 25.

(400) Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 3035, *R.A.B.G.*, 2009, p. 529, *J.D.S.C.*, 2009, p. 23, note M. COIPEL, *R.C.J.B.*, 2013, p. 399, note D. VAN GERVEN, *R.P.S.*, 2009, p. 491, concl. A. VAN INGELGEM, note V. SIMONART, *R.W.*, 2008-2009, p. 1428, note J. VANANROYE, *R.D.C.*, 2009, p. 938, note M. COIPEL, *T.R.V.*, 2009, p. 456, note H. DE WULF. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui considère qu'une « société en commandite simple constituée à objet commercial agit nécessairement au travers de ses commandités [...] n'implique pas qu'en raison de leur fonction, ceux-ci deviennent eux-mêmes commerçants » et décide, par conséquent, que la faillite de la société n'entraîne pas la faillite des associés (violation de l'article 202 du Code des sociétés).

(401) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 25.

(402) Exemple lui-même emprunté à J. Vananroye, « De maatschap mag failliet », <https://corporatefinancelab.org/2016/10/01/de-maatschap-mag-failliet/> cité par Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 25.

83. Le régime de la transaction. Le régime de la transaction contenu à l'article 58 de la loi sur les faillites est simplifié. Jusqu'à présent, la conclusion d'un contrat de transaction par le curateur est soumise à l'autorisation du juge-commissaire. Lorsque la transaction porte sur des droits immobiliers ou que son objet est d'une valeur indéterminée ou supérieure à 12.500 EUR, celle-ci doit, en outre, être homologuée par le tribunal. Le montant de 12.500 EUR vise le montant du litige et non le montant payé à titre transactionnel ni la somme à laquelle le demandeur renonce (403)/(404).

La réforme modifie sensiblement ce régime. L'article XX.151 du CDE prévoit que :

« Les curateurs peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des actions et droits immobiliers.

Quand l'objet d'une transaction excède 50 000 Euros, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée, par le tribunal, sur rapport du juge-commissaire. Le failli est appelé à l'homologation ».

À l'exception des transactions dont l'objet est supérieur à 50.000 EUR, toutes les transactions, quelle que soit la nature des droits concernés, ne seront plus soumises qu'à l'autorisation du juge-commissaire. Les travaux préparatoires précisent que « si le failli s'oppose à la transaction, il peut se tourner vers le tribunal. Si les créanciers s'estiment désavantagés par une transaction qui pourrait être conclue entre le curateur et des dirigeants responsables de la faillite, ils peuvent entamer eux-mêmes avant que la transaction ne soit conclue une action en comblement de passif » (405).

84. La descente sur les lieux n'est plus obligatoire. L'article XX.133, alinéa 1^{er}, du CDE précise que « le juge-commissaire décide, en concertation avec les curateurs, s'il y a lieu de faire une descente sur les lieux, le cas échéant en présence du greffier ». En pratique, de nombreuses descentes sont, en effet, totalement inutiles et ne font que grever le passif de

(403) E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 113.

(404) Il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence sur la question. En cas de discussion, il est généralement conseillé au curateur de solliciter l'homologation du tribunal par précaution et pragmatisme.

(405) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 93.

nouveaux frais (406). Le juge-commissaire pourra dorénavant apprécier s'il est nécessaire ou non de procéder à cette mesure (407).

85. La taxation des frais. Actuellement, tant le tribunal que le juge-commissaire jouent un rôle dans la taxation des frais et honoraires (408)/(409). Le futur système décharge le juge-commissaire de cette mission dans un souci de rapidité et de simplification (410). La taxation des honoraires du curateur, des frais de justice, des frais propres et des frais dus à des tiers n'est plus soumise qu'à la vérification du tribunal. Aux termes de l'article XX.145 du CDE,

« le paiement des sommes attribuées aux créanciers est effectué par les curateurs au vu d'un état de répartition visé par le juge-commissaire et déposé dans le dossier de la faillite.

Les sommes dues aux curateurs à titre d'honoraires ou d'honoraires provisionnels prévus à l'article XX.20, ainsi que leurs frais, frais de justice et frais dus à des tiers dans le cadre de la liquidation sont arbitrés par le tribunal sur la base d'une demande établie à cet effet et de l'avis du juge-commissaire. À chaque demande de taxation des frais de justice et frais dus à des tiers, les pièces justificatives sont jointes. Les honoraires, frais et débours visés sont payés au curateur par la Caisse des dépôts et consignations sur la base d'un état signé par le juge-commissaire.

Les sommes qui à la clôture de la faillite n'ont pas pu être réparties, sont versées à la Caisse des dépôts et consignations au profit des créanciers concernés ».

(406) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 88.

(407) *Ibid.*

(408) Voy. art. 33 et 52 de la loi du 8 août 1997. L'article 52 énonce que « le paiement des sommes attribuées aux créanciers est effectué par les curateurs au vu d'un état de répartition visé par le juge-commissaire et déposé au dossier de la faillite. Les sommes dues aux curateurs à titre d'honoraires ou d'honoraires provisionnels prévus à l'article 33, ainsi que leurs frais, sont arbitrés par le tribunal de commerce sur la base d'une demande établie à cet effet et de l'avis du juge-commissaire. Les frais de justice et frais dus à des tiers, exposés dans le cadre de la liquidation, avancés par les curateurs, sont arbitrés par le juge-commissaire. Les honoraires, frais et débours visés sont payés au curateur par la Caisse des dépôts et consignations sur la base d'un état visé par le juge-commissaire.

Les sommes qui à la clôture de la faillite n'ont pas pu être réparties, sont versées à la Caisse des dépôts et consignations au profit des créanciers concernés ».

(409) Notons que les frais de liquidations payés à des tiers doivent être préalablement autorisés par le juge-commissaire. Il n'y a dès lors que rarement matière à arbitrer ces frais. L'avis préalable du juge-commissaire sur l'intervention de tiers est, en pratique, souvent vérifié au stade de la taxation.

(410) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 92.

Le juge-commissaire conserve toutefois le pouvoir d'autorisation qu'il tire de l'article 10 de l'arrêté royal du 10 août 1998(411), la compétence d'avis qui lui incombe en matière de taxation et le visa des paiements à effectuer par la Caisse des dépôts et consignations(412).

Le législateur insiste également, dans la droite ligne de l'article 33 de la loi sur les faillites et dans un souci de bonne gestion, sur le dépôt des pièces justificatives.

Enfin la rémunération forfaitaire du curateur en cas de faillite *pro deo* est désormais consacrée dans la loi(413). L'article XX.20, § 4, dernier alinéa, du CDE prévoit que « Lorsque l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais d'administration et de liquidation de la faillite, une rémunération forfaitaire du curateur est octroyée dont le montant à indexer annuellement est fixé par le Roi ».

86. Les pouvoirs du juge-commissaire. L'article XX.129 du CDE affine les pouvoirs du juge-commissaire. À côté des pouvoirs déjà conférés par l'article 35 de la loi du 8 août 1997, il est désormais prévu que le juge-commissaire « peut, de sa propre initiative ou sur demande du tribunal de l'insolvabilité, faire rapport à l'audience sur tous les litiges découlant de la faillite. Le curateur informe à cette fin le juge-commissaire en temps utile de la date de l'audience. Le rapport du juge-commissaire est obligatoire lorsque la loi le prévoit expressément ».

Cet ajout répond à des considérations pragmatiques. Les travaux préparatoires soulignent en effet que « dans de nombreux cas, le rapport du juge-commissaire est une simple formalité ; le juge-commissaire y renvoie à l'analyse du curateur. C'est pourquoi il n'est pas utile de prévoir un rapport dans toutes les contestations, mais uniquement dans celles pour lesquelles le juge même ou le tribunal l'estime utile. Dans de nombreux cas, l'exigence du rapport dans chaque contestation donne lieu à une remise de l'affaire parce que le juge-commissaire n'est pas informé ou ne dispose pas de toutes les données

(411) L'article 10, al. 1^{er}, dispose que : « Ne peuvent être portés en compte à la masse que moyennant autorisation préalable du juge-commissaire, les honoraires et frais payés à des tiers, avocats, réviseurs, experts-comptables, conseillers techniques, gardiens aux biens ou autres personnes secondant à titre d'auxiliaires indépendants le curateur dans sa mission ». (A.R. établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais de curateurs, *M.B.*, 8 septembre 1998).

(412) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 92.

(413) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 112.

nécessaires. C'est également souvent le greffe qui, à l'occasion de la préparation de l'audience, doit prendre contact avec les juges-commissaires pour les informer qu'un rapport est attendu. Cela représente une charge de travail supplémentaire sans utilité réelle. C'est pourquoi il est aussi prévu que le curateur informe également lui-même le juge-commissaire. Le curateur peut par la même occasion fournir de plus amples informations au juge-commissaire »(414).

87. La désignation et la publication de la liste des curateurs. On observe également un léger bouleversement des principes qui régissent le système de désignation des curateurs.

L'article XX.122, § 1^{er}, du CDE maintient le système de désignation à partir d'une liste des avocats inscrits au Tableau d'un Ordre des avocats établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce(415)/(416).

La réforme va toutefois un cran plus loin. Cette liste doit comporter les indications suivantes : les faillites pour lesquelles le curateur a déjà été désigné en qualité de curateur, le nom du failli, la date de la désignation du curateur et, le cas échéant, la date à laquelle sa mission a pris fin(417). Il est désormais précisé au dernier alinéa que cette liste sera annuellement publiée au *Moniteur belge*.

Le paragraphe 2 de l'article XX.122 permet aux tribunaux, lorsque la nature et l'importance de la faillite le commande, d'adjoindre « toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties visées au paragraphe 1^{er} de l'article en qualité de curateur, en raison de compétences particulières et d'une expérience propre au secteur duquel relève le débiteur »(418).

Un système différent s'applique en présence d'un failli titulaire d'une profession libérale (voy. *supra*, n° 10). Dans cette hypothèse, le tribunal adjoint, en tant que co-curateur, un membre de la profession(419).

(414) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 87.

(415) L'article 340, § 2, du Code judiciaire est modifié en conséquence.

(416) L'actuelle liste mentionne uniquement le nombre de faillites en regard de chaque curateur. Cette liste des curateurs du tribunal est déclinée en « sous-listes » par division.

(417) Art. XX.122, § 1^{er}, al. 3, CDE. La plateforme REGSOL fournit déjà ces autres informations de sorte que l'intérêt de la réforme reste ici limité. La mise sur pied de cette liste et sa publication semblent constituer un nouveau moyen de pression contre les curateurs négligents.

(418) Le § 3 de l'article XX.122 précise que le « Roi fixe la procédure de présentation des candidats au tribunal ainsi que les délais à respecter pour l'examen des candidatures. Le Roi peut également fixer les conditions à remplir en ce qui concerne la formation ainsi que la compétence pour les procédures de liquidation ».

(419) Art. XX.123 CDE.

88. La mise en concordance avec la réforme des sûretés réelles mobilières. Les dispositions de la loi sur les faillites sont mises en adéquation avec la réforme des sûretés réelles mobilières(420). Le régime du gage vient notamment d'être totalement revu. L'opposabilité de ce dernier est, par exemple, soumise à la formalité de l'enregistrement(421). Les articles XX.113, alinéas 1^{er} et 2, XX.117, XX.121, XX.156 du CDE sont dès lors toilettés afin d'y inclure le gage ou d'y faire apparaître la formalité de l'enregistrement.

SECTION 3.

LES OUBLIÉS ET LES DISPARUS

89. Plan. La réforme n'a pas révolutionné l'ensemble du droit de la faillite. D'une part, on dénombre certaines occasions manquées dans le chef du législateur (§ 2). Il suffit, par exemple, de penser à la sempiternelle controverse relative au statut du curateur. D'autre part, malgré l'ampleur du projet initial, on constate que le résultat est parfois amputé de ses innovations majeures (§ 1). L'abandon de la faillite silencieuse en témoigne à suffisance.

§ 1. Les disparus

90. Introduction. L'aboutissement aussi rapide du projet de réforme était en soi un succès. Pour y arriver, il a toutefois fallu lâcher du lest et renoncer à dispositions qui créaient plus de difficultés qu'elles n'en résolvait. Certaines modifications pourtant séduisantes n'ont ainsi finalement pas vu le jour. Au rang des disparus, on pointe principalement l'instauration d'une faillite silencieuse.

(420) Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Voy. notamment sur cette réforme, J. CATTARUZZA, « Les grands axes de la réforme des sûretés mobilières », *D.B.F.*, 2013, pp. 183-194 ; W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691-722 ; E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, 346 p. ; F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 319-368 ; F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *Ius & Actores*, 2013, pp. 59-106 ; M. GRÉGOIRE, « La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », in *Paiement, insolvabilité et réorganisation*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 31-61.

(421) Art. 20 de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

91. Instauration d'une faillite silencieuse. Sur le modèle américain du *pre-pack*, certains pays européens ont mis – ou mettent actuellement – sur pied un système de faillite silencieuse(422). La Belgique souhaitait leur emboîter le pas dans le projet de réforme avec l'instauration d'une pré-faillite(423). Cette dernière avait pour objectif de préparer une véritable faillite en toute discrétion et sans publicité(424). L'accent était mis sur la continuité de l'activité.

Le projet cite expressément le modèle créé aux Pays-Bas qui vise à se prémunir contre les « catastrophes sociales, notamment dans les hôpitaux et les maisons de repos » où « un précurateur [est] désigné pour envisager la mise en place d'une opération de sauvetage sans associer les créanciers »(425).

92. Abandon de la faillite silencieuse. L'idée d'instaurer une faillite silencieuse a finalement été abandonnée. Suite à un amendement n° 136, le projet d'article XX.34 du CDE a été retiré vu l'incertitude que posait ce concept avec l'arrêt du 22 juin 2017 de la Cour de justice de l'Union européenne(426).

Les questions préjudicielles posées à la Cour visaient, « en substance, à savoir si la directive 2001/23, et notamment son article 5, § 1^{er}, doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue, dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite dans le contexte d'un *pre-pack*, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le

(422) Les travaux préparatoires de la réforme indiquent que la solution est prévue dans la future législation néerlandaise (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 49).

(423) Voy. art. XX.34 du projet de loi déposé le 20 avril 2017.

(424) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 49.

(425) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 121.

(426) Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/008, pp. 10 et 11.

prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un « curateur pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite, et, par ailleurs, s'il est pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par le *pre-pack* vise tant la poursuite des activités de l'entreprise en cause que la maximalisation du produit de la cession pour l'ensemble des créanciers de cette entreprise » (427).

La Cour conclut que l'opération de *pre-pack* n'est pas visée par l'exception prévue à l'article 5 de la directive dès lors qu'elle ne répond pas à l'ensemble des conditions qui y figurent (428)/(429). Elle considère que la directive doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs, dans pareilles circonstances, doit être maintenue.

§ 2. Les oubliés

93. Introduction. Malgré les avancées qu'elle comporte, la réforme du droit de l'insolvabilité ne comble pas toutes les lacunes pourtant dénoncées par la doctrine. Le législateur rate également l'occasion qui lui était offerte de mettre un terme à de lancinantes controverses. Nous épinglerons ci-après quelques-uns des « oubliés » de la réforme.

94. Le statut du curateur. Le statut du curateur n'est pas réglé dans la loi sur les faillites. La nature de ses pouvoirs n'y est traitée qu'incidemment. Dès lors a-t-on vu émerger, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pléthore de qualifications. Représentant du failli et des créanciers, mandataire (ou encore auxiliaire) de justice, organe de la masse, ayant-cause du failli voire des créanciers, personne à la tête d'un patrimoine d'affectation... les qualifications se sont succédé et se concurrencent encore actuellement. Or, chacune d'elles est une cote mal taillée à l'ampleur de la mission du curateur et à la variété de ses pouvoirs. On aurait évidemment apprécié que le législateur se prononce sur la double casquette dont on affuble généralement le curateur.

(427) C.J.U.E., 22 juin 2017, aff. C-126-16, www.curia.eu (spéc. n° 37).

(428) Voy. également, Communiqué de presse n° 70/17 du 22 juin 2017, www.curia.eu.

(429) L'article 5 de la directive dispose : « 1. Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente) ».

95. L'affectation du *boni de liquidation*. Deux courants s'opposent sur l'affectation du *boni de liquidation* (430)/(431).

Les uns prônent un versement de l'excédent au failli, personne physique, ou, en présence d'une personne morale, à ses associés (432)/(433). Les autres préconisent plutôt l'affectation des sommes à l'apurement des intérêts dus sur les créances produites à la faillite (434).

La Cour de cassation fut saisie à plusieurs reprises de la question.

Dans son arrêt rendu le 18 mars 2004 (435), la Cour, bien qu'elle casse la décision rendue par la cour d'appel de Gand sur un autre motif, valide le raisonnement de cette dernière qui considère que « les créanciers n'ont pas droit au solde positif disponible mais que la société peut y prétendre ».

La Cour décide qu'« après la clôture de la faillite, le curateur ne peut répartir le solde positif entre les créanciers par le paiement d'intérêts et que ces derniers ont le droit de réclamer le paiement de ces intérêts au débiteur ». Ce faisant, la Cour n'exclut toutefois pas que les créanciers puissent prétendre au *boni de liquidation* versé au failli.

(430) Voy. sur cette question, L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 297.

(431) Nous ne traitons pas ici des situations où de nouveaux actifs sont découverts après la clôture de la faillite. Nous renvoyons sur ce point à l'arrêt royal du 25 mai 1999 portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (*M.B.*, 2 juillet 1999).

(432) A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 509, n° 1711 ; Liège, 7 novembre 2002, *R.R.D.*, 2003, liv. 106, p. 45 : P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991-1996). Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 438-439.

Dans une affaire étrangère à la faillite d'une société, la Cour de cassation décide qu'à la date de liquidation, « les biens composant l'actif net de la société sont entrés dans le patrimoine des défendeurs [les associés] en raison de la clôture de la liquidation » (Cass., 2 décembre 1952, *R.C.J.B.*, 1953, p. 290, note J. HEENEN). Voy. également, D. D'HOOGHE, « De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid », *R.D.C.*, 1989, pp. 333-352.

(433) Sur les controverses relatives à la nature des droits des associés sur l'actif social et la dévolution de ce dernier, voy. J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution. Persistance de la personnalité morale après la dissolution », note sous Cass., 2 décembre 1952, *R.C.J.B.*, 1953, pp. 292 et s. ; P. DEMEURE, « La survie de la société anonyme après dissolution », *R.P.S.*, 1959, pp. 169-182.

(434) E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), v° « Faillite et banqueroute », *Répertoire pratique du droit belge*, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 382-383, n° 555 et 562 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 301, n° 2753 ; M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 264 ; A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 371.

En jurisprudence, Bruxelles, 17 juillet 1865, *Pas.*, 1865, II, p. 244 ; Comm. Charleroi, 9 janvier 2007, *R.R.D.*, 1997, p. 153.

(435) Cass., 18 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 452, *R.W.*, 2004-2005, liv. 28, p. 1101, note M. DE THEJE.

Dans la seconde affaire soumise à la Cour (436), le curateur entendait verser l'excédent des opérations de liquidation aux actionnaires. L'administration fiscale s'y opposa en invoquant que le *boni* devait être affecté à l'apurement des intérêts des créances produites depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite. Le tribunal de commerce de Louvain et la cour d'appel de Bruxelles (437) donnèrent raison à l'administration fiscale.

Dans son arrêt du 13 octobre 2011, la Cour de cassation décide que les articles 80, 79, 23 et 83 de la loi sur les faillites « n'excluent pas que, lorsque le failli est une personne morale, le curateur puisse, sous contrôle du tribunal payer les intérêts des créances restées en dehors de la liquidation au moyen de l'actif de la liquidation ». Notons que les faits de la cause différaient sensiblement de ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 18 mars 2004. La clôture de la faillite n'ayant pas été prononcée, rien ne s'opposait au versement par le curateur des intérêts (438).

À notre estime, il eût été opportun d'ancrer, mais aussi de clarifier ces solutions dans un texte de loi.

96. L'habilitation du curateur à opérer lesdits versements. Le doute fut également semé sur l'aptitude du curateur à opérer lesdits paiements et notamment après clôture de la faillite (439).

D'aucuns considèrent en effet que la mission du curateur se limite à répartir l'actif réalisé en vue d'apurer, du moins partiellement, les créances en capital et intérêts arrêtées au jour de la faillite (440). La nature du curateur, en tant que représentant de la masse des créanciers, se concilierait mal avec cette mission. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans son arrêt du 18 mars 2004 (441).

(436) Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 422, note V. SIMONART, *R.W.*, 2012-2013, p. 698, note D. DEFORCHE, *R.D.C.*, 2012, p. 450, note J. EMBRECHTS.

(437) Bruxelles, 1^{er} décembre 2009, *R.D.C.*, 2012, p. 457.

(438) Concl. de M. l'av. gén. G. DUBRULLE préc. Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 423.

(439) Sur l'incidence de la loi du 4 septembre 2002 (Loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002), voy. D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, liv. 18, pp. 700 et s. L'introduction de l'excusabilité ainsi que la dissolution de la personne morale ont, en effet, rendu plus compliqué le recouvrement des intérêts par les créanciers à l'encontre du failli. L'auteur dénonce la situation particulièrement délicate dans laquelle se retrouvent les créanciers.

(440) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. II, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 89, n° 805 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 509, n° 1711.

(441) Cass., 18 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 452, *R.W.*, 2004-2005, liv. 28, p. 1101, note M. DE THEIJE. Voy. également, Comm. Charleroi, 21 février 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 149.

Les auteurs concèdent toutefois l'intérêt pratique que revêt le recours au curateur. On gagne en sécurité tout en limitant les coûts (442).

Afin de contourner cet écueil et de protéger les créanciers, différentes solutions ont vu le jour (443). Ces dernières se fondent soit sur la continuation de la personne morale (444), soit sur sa survie passive (445) et la désignation d'un liquidateur (446) ou la possible réouverture de la faillite (447). Certains sont même allés jusqu'à suggérer que le juge reprenne dans son jugement de clôture de faillite une stipulation pour autrui rédigée comme suit : « *Door de afsluiting van het faillissement wordt de vereffening afgesloten en komt het actief van de vennootschap in onverdeeldheid toe aan de aandeelhouders. Deze zijn gehouden tot betaling van de restschulden van de vennootschap tot beloop van wat zij uit de verreffende vennootschap ontvangen* » (448). Ces pratiques ont toutefois fait l'objet de critiques très vives (449).

Ainsi, on reproche à la théorie de la continuation de la personne morale en l'absence de passif d'introduire, là où le texte légal ne le fait pas,

(442) E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. II, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 90, n° 805.

(443) Voy. sur ces questions, V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 436.

(444) Comm. Bruxelles, 14 octobre 2003, inédit cité par V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 437 et I. VEROUGSTRATE, « De ontbinding van de rechtspersoon bij sluiting van het faillissement na een gewone vereffening », note sous Gand, 12 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, pp. 866-867. I. Verougstraete avance qu'en tant qu'exception, l'article 83 de la loi sur les faillites doit être interprété de manière stricte. En l'absence de passif, l'auteur estime qu'il n'existe aucune raison de dissoudre la société. Il renvoie à une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 14 octobre 2003 qui doit selon lui être approuvée. La cour d'appel a toutefois opéré un revirement dans sa jurisprudence (Comm. Bruxelles, 8 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 509). Elle soutient que l'article 83 s'applique peu importe qu'il reste un actif ou non.

(445) Gand, 5 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 170 note E. JANSSENS. Voy. sur la survie de la société pour les besoins de sa liquidation et les conceptions réaliste et formaliste de la liquidation, D. D'HOOGHE, « De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid », *R.D.C.*, 1989, pp. 333-352 ; J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution. Persistance de la personnalité morale après la dissolution », note sous Cass., 2 décembre 1952, *R.C.J.B.*, 1953, pp. 291-299 ; P. DEMEUR, « La survie de la société anonyme après dissolution », *R.P.S.*, 1959, pp. 169-182.

(446) Comm. Charleroi, 9 janvier 2007, *R.R.D.*, 1997, p. 153. Voy. sur la survie de la société pour les besoins de sa liquidation et le rôle des liquidateurs, P. DEMEUR, « La survie de la société anonyme après dissolution », *R.P.S.*, 1959, pp. 169-182.

(447) M. DE THEIJE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van een vennootschap », note sous Cass., 18 mars 2004, *R.W.*, 2004-2005, liv. 28, pp. 1102-1105.

(448) *Ibid.*, p. 1105. Traduction libre : « Par la clôture de la faillite, les opérations de liquidation sont terminées et l'actif de la société revient en indivision aux actionnaires. Ceux-ci sont tenus de payer les dettes de la société à concurrence de ce qu'ils ont reçu de la société liquidée ».

(449) D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.W.*, 2012-2013, liv. 18, pp. 701-702 ; V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, pp. 436 et s.

une distinction qui se heurte à la volonté du législateur(450). La thèse de la réouverture de la faillite est également *contra legem*. La théorie de la survie passive est, pour sa part, inutile à défaut d'action pendante et de consignation de fonds par les curateurs(451). Enfin, la thèse de la stipulation pour autrui fait fi de la réticence de certains curateurs à attribuer aux créanciers non privilégiés le *boni* et à les intégrer dans leur reddition de compte(452).

Dans son arrêt du 13 octobre 2011, la Cour de cassation a ouvert la voie à une solution fondée sur les pouvoirs du curateur(453). La Cour décide que le curateur, lors de la faillite d'une personne morale, a le pouvoir de distribuer le solde au paiement des intérêts restés en dehors de la masse(454). Les auteurs attirent toutefois l'attention sur le fait qu'il appartient aux créanciers d'en réclamer le paiement. À défaut, le solde pourrait être attribué au failli ou aux associés de la personne morale en faillite(455). La solution peut, selon la doctrine, être étendue au failli personne physique(456). Suite à cet arrêt, D. Deforche envisage quatre scénarios possibles(457). La prudence reste toutefois de mise dans l'attente d'une intervention législative.

97. L'ambiguïté du terme revendication. Le terme « revendication » n'est pas toujours utilisé à bon escient en matière de faillite. Ainsi, le chapitre X de la loi du 8 août 1997 est intitulé « De la revendication ». Or, il ne peut s'agir d'une véritable revendication lorsque le prétendu revendiquant

(450) V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 437.

(451) *Ibid.*, pp. 438-439.

(452) D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.W.*, 2012-13, liv. 18, p. 702.

(453) Voy. sur cet arrêt, J. EMBRECHTS, « De aanwending van het batig saldo van het faillissement ter betaling van interesten », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.D.C.*, 2012, liv. 5, pp. 451-452 ; V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, pp. 426-443 ; D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.W.*, 2012-13, liv. 18, pp. 699-702.

(454) V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 439.

(455) *Ibid.*, p. 443.

(456) *Ibid.*, p. 442.

(457) Voy. sur ces scénarios, D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », note sous Cass., 13 octobre 2011, *R.W.*, 2012-13, liv. 18, p. 702. Dans les deux premiers scénarios, le paiement des intérêts est repris dans le décompte adressé aux créanciers. Soit les créanciers l'acceptent (S1), soit ils le contestent (S2). Dans les deux derniers, le décompte ne prévoit pas le paiement des intérêts. À nouveau, soit les créanciers l'acceptent (S3), soit ils le contestent (S4). Le tribunal, confronté aux scénarios S1 et S3, validera le décompte tel qu'arrêté. À l'inverse, si le décompte devait être contesté (S2 et S4), le tribunal exercera son pouvoir de contrôle et décidera si les créances d'intérêts doivent être apurées préalablement au désintéressement des actionnaires.

n'est plus propriétaire de la chose(458). On considère alors qu'il s'agit d'une action en résolution préalable à une éventuelle revendication(459). L'action en revendication du vendeur gouvernée par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire souffre les mêmes critiques. Cette appellation constitue un vestige qui n'a plus sa place dans le système actuel(460).

Ces incohérences subsistent dans le texte de la réforme.

98. Les dettes de la masse. La distinction entre les dettes de la masse et les dettes dans la masse est d'origine prétorienne. Les contours de ces notions ont d'ailleurs évolué au gré de la jurisprudence(461).

L'ampleur de la matière et les enjeux de cette distinction exigent quelques clarifications. Quelques balises permettraient aux praticiens de trouver plus facilement leur fil d'Ariane.

99. L'articulation du droit de la faillite et droit des obligations contractuelles(462). Le droit des obligations contractuelles est le parent pauvre de la réforme.

Le phénomène contractuel ne peut, en effet, être enfermé dans le seul article XX.139 du CDE. Il convient d'en élargir le spectre.

Les conditions de validité et d'opposabilité des contrats conclus par le failli tirées du droit commun et du droit de la faillite gagneraient à ressortir clairement de la loi.

(458) A.C. RENOARD et J. BEVING, *Traité des faillites et des banqueroutes*, Paris, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 416. Voy. Comm. Liège, 1^{er} mars 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 53, *R.P.S.*, 1984, p. 165 qui distingue clairement l'action en revendication de droit commun de celle du chapitre X de la loi sur les faillites.

(459) A.C. RENOARD et J. BEVING, *Traité des faillites et des banqueroutes*, Paris, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 416 ; E. DIRIX, « Commentaire art. 101 L. faill. », in X., *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Diegem, Kluwer, 2011, p. 13.

(460) R. Jafferai retrace l'évolution de cette disposition et nous apporte un éclairage sur sa justification. Ainsi, l'auteur nous apprend qu'en droit romain et dans l'ancien droit, le transfert de propriété ne s'opérait, en matière de vente, que si, outre l'existence d'un titre et d'une certaine publicité, l'acheteur en payait le prix. Cette condition était réputée remplie lorsque le vendeur avait accordé un terme à l'acheteur. En outre, on considérait que si le vendeur n'avait pas reçu le paiement dans les huit jours, c'est qu'il était sensé avoir fait crédit à l'acheteur. L'action en revendication se comprenait dès lors uniquement pour le vendeur sans terme et pour autant que l'action intervienne dans les 8 jours de la livraison. Le maintien de cette protection dans le Code civil où le transfert de propriété s'opère *solo consensu* se comprend difficilement (R. JAFFERAI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1036-1038).

(461) Voy. *supra*, n° 77. Voy. également les derniers arrêts de la Cour, Cass., 20 janvier 1994, *R.G.F.*, 1994, p. 256, note M. EVRARD, *R.D.C.*, 1994, p. 906, note Y. DUMON, *J.L.M.B.*, 1994, p. 362 ; Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1626, *J.T.*, 2001, p. 696, *D.A.O.R.*, 2001, p. 287, note D. BLOMMAERT, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364 ; Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 666, note, *R.W.*, 2002-2003, p. 215, note A. DE WILDE, *R.D.C.*, 2003, 295, note C. VAN den BORREN ; Cass., 4 février 2016, *NjW*, 2016, p. 387, note J. WAELENS.

(462) Voy. sur cette question, F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, à paraître.

Un volet spécifique pourrait être consacré aux causes de dissolution propres à la faillite.

Les dérogations aux règles de droit commun pourraient, par exemple, être précisées. On pense notamment aux règles relatives à la compensation, à l'action directe, à l'exception d'inexécution, à la clause pénale...

Plusieurs dispositions s'attacheraient également à définir l'arsenal de sanctions offert à chacune des parties. On regrette, en effet, l'absence d'articulation de l'article 46 (art. XX.139 CDE) et des sanctions de droit commun.

Le travail effectué aux confins de ces deux disciplines juridiques que sont le droit de l'insolvabilité et le droit des obligations reste, à notre sens, inachevé.

CONCLUSIONS

100. De la loi du 8 août 1997 à la loi du 11 août 2017. La codification de l'insolvabilité, le renforcement du *fresh start*, la digitalisation de la procédure de faillite et l'élargissement de son champ d'application constituent les grands piliers de la réforme.

Certes, la loi du 8 août 1997 avait besoin d'une cure de jouvence et l'on peut évidemment applaudir les avancées substantielles qu'annonce la réforme.

Il ne nous reste donc qu'à espérer que son entrée en vigueur ne subisse pas le même sort que celle relative aux sûretés réelles mobilières. À la différence du registre du gage, le registre de la solvabilité est déjà bien en place, ce qui devrait rassurer les plus sceptiques.

À l'instar de toute loi nouvelle, la réforme devra néanmoins faire ses maladies de jeunesse.

Le législateur y verra peut-être l'occasion de mettre fin aux sempiternelles controverses laissées en suspens⁽⁴⁶³⁾ et de poser les premiers jalons de l'articulation du droit de la faillite et du droit des obligations contractuelles.

(463) Voy. pour d'autres propositions de réforme, Y. BRULARD, « Propositions de réformes de la loi belge sur l'insolvabilité », in *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t. 2, *Droit belge et droits étrangers*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 296 et s.